Das

Pflichttheilsrecht

der armen Wittwe.

INAUGURAL-DISSERTATION

zur Erlangung

DER JURISTISCHEN DOCTORWÜRDE

an der

Universität Strassburg

von

EMIL PETRI

aus Buchsweiler (Unter-Elsass.)

STRASSBURG

J. H. Ed. Heitz, Universitæts-Buchdrucker

Schlauchgasse, 5.

1874.

Das

Pflichttheilsrecht

der armen Wittwe.

INAUGURAL-DISSERTATION

zur Erlangung

DER JURISTISCHEN DOCTORWÜRDE

an der

Universität Strassburg

von

EMIL PETRI

aus Buchsweiler (Unter-Elsass.)

STRASSBURG
J. H. Ed. Heitz, Universitæts-Buchdrucker
Schlauchgasse, 5.

1874.

DEM ANDENKEN MEINES VATERS.

MEINER MUTTER.

ACAD.
LUGD.BAT.
BIBL.

E. PETRI.

DEM HERRN PROFESSOR Dr KŒPPEN,

sein erkenntlicher Schüler.

E. PETRI.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41552708_0099

Das

Pflichttheilsrecht

der armen Wittwe.

Einleitung.

So lange die strenge Ehe bei den Römern üblich war, gewährte diese ein Mittel, für die unvermögende Frau auf den Todesfall ihres Ehemannes zu sorgen: da sie als uxor in manu zu den sui desselben zählte, sicherte ihr das Intestaterbrecht und eventuell das Notherbenrecht einen Kindestheil des Nachlasses. Es gab desshalb keine anderweitigen Vorschriften, welche einer Wittwe, die durch den Tod des Mannes ihren Lebensunterhalt verlor, einen Anspruch auf Unterstützung aus der Erbschaft einräumte. Sie konnte sich selbst vor Armuth schützen, wenn sie oder für sie ihr Gewalthaber die Einwilligung zur Ehe von der Manus abhängig machte.

Dieses Verhältniss änderte sich in der vierten Periode. Mit der Umgestaltung der römischen Verfassung war der ursprüngliche Grund weggefallen, aus welchem die väterliche und eheherrliche Gewalt mit ihren bekannten vermögensrechtlichen Wirkungen die rechtliche Grundlage der Familie bildete. Desshalb kam die Manus ausser Gebrauch. Es konnten nur noch freie Ehen geschlossen werden, die für die überlebende Frau kein Notherbenrecht, sondern bloss das entfernte Intestaterbrecht der Bonorum possessio unde vir et uxor begründeten. Diese ungünstige erbrechtliche Stellung des überlebenden Ehegatten wird zwar an und für sich durch die Erwägung gerechtfertigt, dass die Ehe aus keinem anderen Motiv als aus gegenseitiger Zuneigung geschlossen werden soll, und dass sie desshalb, weder so lange sie besteht, noch wenn der Tod sie auflöst, von äusseren Vortheilen begleitet sein darf; allein dieser Grundsatz erleidet der Wittwe gegenüber nothwendig eine Einschränkung, wenn sie kein eigenes Vermögen besitzt, aus welchem sie ihren bisher vom Manne empfangenen Unterhalt bestreiten kann. Für die dürftige Wittwe erzeugt die sittliche Natur des ehelichen Bandes den Anspruch, dass ihr aus dem ehemännlichen Vermögen Hülfe zu Theil wird. Es wurde desshalb, als sich das Kindeserbrecht durch die Manus nicht mehr herstellen liess, Bedürfniss, die nöthige Fürsorge auf andere Weise zu treffen.

Zu diesem Zweck entstand zunächst, nachdem ein Versuch, dem überlebenden Ehegatten bei der

Intestaterbfolge eine bessere Stellung zu gewähren, von Theodosius wieder beseitigt war[1], das Institut der propter nuptias donatio: es wurde allgemeine Sitte, dass der Mann seiner Frau eine der Dos entsprechende Schenkung bestellte, mit der Bestimmung, dass ihr diese Schenkung für den Fall ihres Ueberlebens zugleich mit der Dos zur Bestreitung ihres Unterhaltes zufallen sollte, während unter der umgekehrten Voraussetzung dem Manne das Recht zugesichert wurde, die Dos mit der Eheschenkung zu behalten. An diese Gewohnheit knüpfte Kaiser Leo die von Justinian adoptirte Bestimmung, dass die Frau durch die Bestellung einer Dos eine Forderung auf eine donatio propter nuptias von gleichem Betrage erwerben solle[2]. Allein diese Vorschrift war sehr unvollkommener Natur: wenn die Frau keine Dos zu bestellen vermochte, so konnte sie auch auf die Eheschenkung keinen Anspruch erheben; sie blieb desshalb gerade in dem Fall ohne Hülfe, wo sie derselben am meisten bedurfte[3].

Kaiser Justinian erkannte diesen Mangel und beseitigte ihn durch Vorschriften, welche die arme Wittwe neben den nächsten Verwandten zur Erbschaft des Mannes in einer Weise berufen, die das Interesse aller Betheiligten in gleichem Masse berücksichtigt und der Billigkeit in jeder Beziehung entspricht. Diese Vorschriften sind die Nov. 53 c. 6

[1] L. 9, C. Th. de legit. hered. (5, 1).

[2] L. 9, 10, C. de pact. conv. 5, 14. Nov. 22 c. 20 pr.

[3] Der bisherigen Darstellung liegen die Ausführungen von Kœppen, System des heut. röm. Erbrechts, S. 2 fg., S. 37 fg., zu Grunde.

und Nov. 117 c. 5; sie schliessen sich an ein früher von Justinian erlassenes Gesetz über die Ehescheidungsstrafen an[1]. Schon Theodosius II und Valentinian III, hatten verordnet, dass zur Aufhebung der Ehe durch Scheidung ein auf bestimmten Gründen ruhender Scheidebrief nothwendig sei: war eine Scheidung ohne hinreichenden Grund vom Manne veranlasst worden, so sollte er mit der Dos auch die Eheschenkung herausgeben, dagegen durfte er beide behalten, wenn die Frau ungerechtfertigter Weise die Scheidung veranlasst hatte[2]. Dieses Gesetz konnte aber nur dann zur Anwendung kommen, wenn Dos und Eheschenkung bestellt worden waren; im entgegengesetzten Fall ging das ungerechte Repudium völlig straflos aus. Desswegen verordnete Justinian des Weiteren[3], dass bei nicht Vorhandensein von Dos und Eheschenkung der schuldige Ehegatte zu Gunsten des anderen ein Viertel seines Vermögens, jedoch nie mehr als 100 Pfund Goldes einbüssen soll.

Mit ausdrücklicher Bezugnahme auf diese Bestimmung stellte Justinian im Jahre 537 in Nov. 53 c. 6 den Satz auf, dass wenn beim Tode eines wohlhabenden Ehegatten der andere arm sei, dieser den vierten Theil des Nachlasses zu vollem Eigenthum als Unterstützung erhalten solle[4].

[1] L. 11, § 1, C. de repud. (5, 17). Nov. 22 c. 15, 16.

[2] L. 8, § 7, C. eod.

[3] Vgl. die Stellen bei Note 1.

[4] Nov. 53 c. 6 pr.: Sicut scripsimus legem volentem si sine dote exsistentem uxorem vir dimiserit, quartam partem eius substantiæ accipere eam sic etiam hic, etc.

Diese Vorschrift erfuhr aber bereits im Jahre 541 durch Nov. 117 c. 5, sehr erhebliche Modificationen. Es wurde einerseits dem Wittwer die Unterstützung aus der Erbschaft der Frau überhaupt entzogen, weil es für den hülfsbedürftigen Mann würdiger ist, sich die Hülfe durch seine eigene Kraft zu verschaffen [1]; und es wurde anderseits der Wittwe, der Billigkeit gemäss, ein verschiedener Anspruch gegeben, je nachdem sie neben Descendenten

[1] Nov. 117 c. 5 i. f.: Virum enim in talibus casibus quartam secundum priorem nostram legem ex substantia mulieris accipere, omnibus modis prohibemus. Es ist kaum zu begreifen, wie dieser so deutlich lautende Satz von vielen Juristen hat missverstanden werden können. So ist behauptet worden (vgl. v. Löhr, Magaz. III., Seite 364, Note 2), er beziehe sich bloss auf die Ehescheidungsstrafen und lasse den Fall der Trennung der Ehe durch den Tod völlig ausser Betracht. Dass aber die Ausschliessung des überlebenden Ehemannes für alle Fälle gemeint sei, beweisen die offenbar auf Nov. 53 c. 6, hindeutenden Worte: «secundum priorem nostram legem,» ein Gesetz, welches eben die Pflichttheilsberechtigung bei dem Tode des einen Ehegatten einführt und die Ehescheidungsstrafe nur als ein Vorbild zum neuen Rechtsinstitut erwähnt. Aus dem unmittelbar vorhergehenden und sich auf den Fall der ungerechtfertigten Verstossung der Ehefrau beziehenden Satze: «Quæ tamen irrationabiliter exclusa est, in ipso tempore expulsionis partem jubemus accipere, quæ continetur hac lege,» folgt keineswegs dass die nachkommenden Worte lediglich auf den Fall der Ehescheidung gerichtet seien; dieser Satz gehört an sich gar nicht in das Gesetz hinein, und ist nur nebenbei eingeschaltet um den Gegensatz der Ehescheidungsstrafe zu dem Pflichttheilsrecht in Beziehung auf den Zeitpunkt ihres Eintritts scharf auszudrücken.

Andere Schriftsteller (vgl. die bei Glück, Intestaterbfolge, Seite 435, citirten) behaupten es verliere nur dann der überlebende Ehemann sein Pflichttheilsrecht, wenn er seine Ehefrau ohne Grund verstossen und also schon vor ihrem Tode das Eheverhältniss aufgelösst habe. Hätten Justinians Worte nur diese Bedeutung, so wären sie die ganz unnütze Hervorhebung eines sich von selbst verstehenden Satzes; denn schon Nov. 53 c. 6, ver-

oder andern Verwandten des Mannes zur Erbschaft berufen wird, und je nachdem die Descendenten ihre eigenen oder Kinder aus einer frühern Ehe des Mannes sind: wenn sie mit vier oder mehr Descendenten concurrirt, soll sie einen Kopftheil, wenn sie mit drei oder weniger Descendenten oder mit andern Verwandten zusammentrifft, soll sie eine Quart von den reinen erbschaftlichen Activen erhalten[1], neben eigenen Kindern zum Niessbrauch, ausserdem aber zum Eigenthum[2].

Diess ist der Inhalt der Gesetze, auf welchen der Anspruch der armen Wittwe im römischen und heutigen gemeinen Rechte beruht; auf Grund dieser Gesetze soll jetzt die juristische Natur dieses An-

langte als unumgängliche Vorraussetzung des Pflichttheilsrechts, dass die Ehegatten bis zur Auflösung der Ehe durch den eingetretenen Tod miteinander gelebt haben.

Der letzte Satz der Novelle 117 c. 5 hat daher eine ganz allgemeine Bedeutung und spricht dem überlebenden Ehemann absolut («omnibus modis») die Pflichttheilsberechtigung ab. Diess folgt auch schon daraus, dass das zweite Gesetz bloss mit Hinblick auf die dürftige Wittwe gefasst ist, den Fall aber des Ueberlebens des Ehemannes vollständig ausser Betracht lässt. Wollte man hiernach dem Wittwer ein Pflichttheilsrecht überhaupt gewähren, so müsste man jedenfalls dasselbe nach den Grundsätzen von Nov. 53 c. 6 beurtheilen; dadurch käme man zu dem widersinnigen Resultate, dass der Wittwer günstiger gestellt ist als die Wittwe.

[1] Nov. 117 c. 5: Sancimus uxorem si quidem usque ad tres habuerit filios eius vir, sive ex ea, sive ex alio matrimonio, quartam partem ex substantia viri accipere; sin autem amplius fuerint filii, tantum in utroque similiter casu accipere jubemus mulierem, quantum uni competit filiorum.

[2] Nov. 117 c. 5: ...ita tamen ut usum solum in talibus rebus mulier habeat, dominium autem illis filiis servetur, quos ex ipsis nuptiis habuerit.

spruchs näher bestimmt werden. Dazu ist die Erörterung seiner Voraussetzungen, seines Inhalts und der Rechtsmittel erforderlich, welche zu seinem Schutze dienen.

Erster Abschnitt.

DIE VORAUSSETZUNGEN.

I. Wohlhabenheit des Mannes.

§ 1.

Der Erbanspruch der Wittwe ist durch drei Voraussetzungen bedingt: 1) durch die Wohlhabenheit des verstorbenen Ehemannes; 2) durch das Bestehen der Ehe bis zu dessen Tode (§ 2); 3) durch die Armuth der Wittwe (§ 3).

In der Nov. 53, c. 6, welche dem Wittwer und der Wittwe ein gleiches Recht gewährte, heisst es in § 2:

«Hæc itaque dicimus, si moriens quidem aut vir aut mulier locuples sit, ille vero vel illa superstes pauper exsistat....»

Dieser Satz, welcher durch Nov. 117 c. 5 keine Abänderung erfahren hat, ist nicht so zu verstehen, als müsste ein bedeutender Reichthum im absoluten Sinne des Wortes vorliegen. Der Begriff des Reich-

thums überhaupt und hier insbesondere verträgt keine allgemeine Definition; er lässt sich im Gegentheil nur für jeden einzelnen Fall mit genauer Berücksichtigung der speziellen Verhältnisse der in Betracht kommenden Personen feststellen. Desshalb muss die Entscheidung über das Erforderniss der Wohlhabenheit dem richterlichen Ermessen überlassen bleiben. Der Richter hat aber zu beachten, dass in erster Linie die Interessen der Kinder gewahrt werden müssen; denn alle Beschränkungen denen das Recht der armen Wittwe unterliegt, haben, wie wir später sehen werden, vorzüglich den Zweck, das Erbrecht der Kinder so viel wie möglich zu schonen, und so zu sagen ein Compromiss zwischen diesem und dem Anspruch der Wittwe zu schliessen[1]. Besonders dringend wird die Berücksichtigung der Kinder, wenn diese kein eigenes Vermögen haben, und schon der Ertrag des Nachlasses kaum ausreicht, um die Kosten ihres Unterhalts und ihrer Erziehung zu bestreiten. Zuerst muss für sie gesorgt werden, und die Wittwe darf an der Erbschaft nur dann participiren, wenn das Fortkommen der Kinder dadurch nicht gefährdet wird. Die Wittwe muss also in allen den Fällen ausgeschlossen werden, wo für das materielle und geistige Wohl der Kinder eine Minderung ihrer Erbquote nachtheilige Folgen haben würde. Dagegen wird eher zu Gunsten der Wittwe erkannt werden dürfen, wenn die Kinder bereits erwachsen sind und schon

[1] Nov. 53 c. 6 § 2: Nam si aliunde forsan habeat... non erit justum gravare filios per successionem.

einen selbständigen Haushalt haben, oder wenn überhaupt nicht Kinder, sondern andere Verwandte des Erblassers oder dritte Personen berufen sind. Je loser die Bande waren, welche die Erben mit dem Verstorbenen verknüpften, um so weniger wird der Richter auf die Wohlhabenheit desselben Gewicht zu legen haben[1].

II. Bestehen der Ehe bis zum Tode des Mannes.

§ 2.

Die zweite Voraussetzung für das hier in Rede stehende Recht ist eine gültige Ehe, welche bis zum Tode des Mannes fortgedauert hat:

Nov. 53 c. 6 pr.: Si tamen legatum aliquod reliquerit ei vir, minus autem quarta parte, compleri hoc, ut, sicut læsas eas juvamus, si forte dimissæ fuerint a viris indotatæ consistentes, ita vel si perduraverint semper cum eis, eadem fruantur providentia.

Nov. 117 c. 5: Si quis indotatam uxorem per affectum solum acceperit, et usque ad mortem cum ea vivens præmoriatur, accipere similiter et eam quartam partem illius substantiæ portionem.

Hiernach schliesst die Ehescheidung die Frau vom Nachlass des Mannes aus. Dabei macht es keinen Unterschied, ob sie oder der Mann die Schuld der Scheidung trug. In beiden Fällen ist ihre Ausschlies-

[1] Vgl. Glück, a. a. O., Seite 449.

sung eine gleich gerechtfertigte: im ersten, weil sie sich gegen ihren Ehemann verfehlt hatte, im zweiten, weil sie schon dasjenige aus dem Vermögen ihres Ehemannes erhalten hat, was das Gesetz dem unschuldigen Theil zusichert[1].

Der geschiedenen Ehe steht die putative Ehe gleich. Die Worte in Nov. 53 c. 6 pr.: «licet in statu legitimæ conjugis manserint,» lassen darüber keinen Zweifel, dass Justinian nur der rechtmässigen Ehegattin Hülfe gewähren wollte; der putativen soll sie ebensowenig zu Theil werden wie der Concubine[2] und der überlebenden Braut. Wenn Doctrin und Praxis[3] diess hinsichtlich der Braut insoweit verneint, dass sie dieselbe der legitimen Frau für den Fall gleichgestellt wissen will, wo die Eingehung der Ehe durch den Tod des Bräutigams verhindert worden ist, so fehlt dieser Ansicht jede juristische Begründung und quellenmässige Anerkennung.

Zunächst ist das Verlöbniss im justinianischen Rechte ein für die Eheschliessung ganz unwesentlicher, dieselbe allerdings vorbereitender, aber keines-

[1] L. 8, § 7, l. 11, § 1, C. de repud. (5, 17). Nov. 22 c. 15, 16.

[2] Die Concubine hatte nur das ihr in der Nov. 18 c. 5, gewährte gesetzliche Vermächtnissrecht: Si quis moriens penitus sobole non exsistente, neque uxore legitima, proinde moriatur non disposita substantia, et veniat cognatio forsan aut certe manumissor bonorum possessionem movens et insurgens aut etiam nostrum ærarium, sit autem ei domi, donec vivit, libera mulier in habitu concubinæ cum eo degens et filii ex ea, et nutrimentum damus eis et intestata parentibus morientibus duas habere uncias paternæ substantiæ cum matre partiendas, quanticunque fuerint filii, ita ut pro portione unius filii et mater accipiat.

[3] Vgl. Stryk, Dissert., Bd. IV, cap. I, § 43. — Pufendorff, Observat., Bd. IV, Obs. 245. — Brunnemann, Decision. Cent. IV, dec. 47.

wegs mit zwingender Kraft herbeiführender Vertrag. Die frühere durch das Nichthalten des Verlöbnisses begründete actio ex stipulatu war durch Diocletian und Maximian als gegen die guten Sitten verstossend wieder aufgehoben worden[1]; diese Kaiser hatten das Verlöbniss ausdrücklich für unverbindlich erklärt[2]. Im späteren römischen Rechte hatte sich also das rechtliche Band zwischen den Verlobten wesentlich abgeschwächt. Dass die Braut ein adulterium begehen konnte[3], dass eine Beleidigung der Braut auch eine iniuria mediata für den Bräutigam war[4], dass das Verlöbniss Affinität begründete[5], und sich, wie die Ehe, zum Repudium eignete[6], alle diese nur einzelne Seiten des Eheverhältnisses auf das Verlöbniss übertragenden Rechtssätze berechtigen uns nicht auch die übrigen Wirkungen der Ehe auf das Verlöbniss zu erstrecken und das Recht der armen Wittwe auch der armen Braut einzuräumen.

Eine grössere Bedeutung hat allerdings das Verlöbniss im canonischen Rechte erhalten. Dasselbe gewährt eine Klage auf Eingehung der Ehe, bedroht den sich weigernden Theil mit kirchlichen Censuren, und, wenn sich diese als erfolglos erweisen, mit einer durch richterliche Entscheidung festzustellenden Vermögensentschädigung an den unschuldigen Theil[7].

[1] L. 14, C. de nupt. (5, 4).
[2] L. 1, C. de sponsal. (5, 1).
[3] L. 13, § 3, D. ad. leg. Jul. de adult. (48, 5).
[4] L. 15, § 24, D. de iniur. (47, 10).
[5] L. 9, J. de nupt. I, 10.
[6] L. 2, § 2, D. de divort. (24, 2).
[7] Vgl. Richter, Kirchenrecht, § 271, sub V.

Allein auch diese Steigerung der rechtlichen Bedeutung des Verlöbnissvertrages vermag nicht die Ansicht zu rechtfertigen, dass der überlebenden Braut derselbe Anspruch wie der überlebenden Wittwe zustehen müsse. Die Eheschliessung bleibt immer ein von dem Verlöbnissvertrag verschiedener Act. Es ist desshalb willkührlich gehandelt, wenn man irgend eine rechtliche Wirkung der Ehe ohne ausdrückliche gesetzliche Bestimmung auch schon auf Grund des Verlöbnissvertrages eintreten lässt. Man würde daher heute das Recht der Wittwe nur dann auf die hinterbliebene Braut ausdehnen dürfen, wenn sich dafür, was nicht der Fall ist, ein sicheres Gewohnheitsrecht nachweisen liesse[1].

Wie diese Ausdehnung, so muss auf der anderen Seite auch eine Beschränkung verworfen werden, welche von manchen Juristen angenommen wird. Man behauptet dass das Recht der armen Wittwe, trotz der nicht aufgelösten Ehe ausgeschlossen sei, wenn die Ehegatten nicht bis zum Tode des Mannes factisch zusammengelebt hatten[2]. Diese Ansicht hat allerdings den Wortlaut des Gesetzes für sich; denn es heisst in Nov. 53 c. 6 pr.: «si perduraverint semper cum eis,» und in Nov. 117 c. 5: «si usque ad mortem cum ea vivens præmoriatur.» Allein diese Worte können den ihnen zugeschriebenen Sinn nicht haben, weil das Erforderniss des factischen

[1] Vgl. Schirmer, Erbrecht, § 244, Note 23 a. E.

[2] Vgl. Schirmer, a. a. O., S. 235, Note 8a. — v. Löhr, Magazin für Rechtsw. und Gesetzgeb. III, S. 369. — Windscheid, Pandekten, B.d III, S. 124, Note 4.

Zusammenlebens zu absurden Resultaten führen würde. Warum sollte nämlich die Wittwe ihres Rechts verlustig gehen, wenn z. B. ihr Ehemann sie böswilliger Weise verlassen hatte, ohne sich von ihr zu scheiden, oder wenn es ihr unmöglich geworden war, wegen seines schlechten Benehmens mit demselben zusammenzuleben, oder endlich wenn die beiden Ehegatten sich wegen eines nicht unlöblichen Grundes durch freien Entschluss und beiderseitige Uebereinkunft thatsächlich getrennt hatten? Sollte die Wittwe hier wegen des blossen Voneinanderlebens ihr Recht verlieren, so würde sich dafür kein vernünftiger Grund auffinden lassen.

Um diesem Einwand zu begegnen, wollen manche Schriftsteller[1] unterscheiden, ob die factische Trennung durch die Schuld der Frau oder des Mannes herbeigeführt wurde; im zweiten Fall soll ihr der Erbanspruch zustehen, nicht dagegen im ersten. Diese Theorie aber enthält einerseits eine Lücke für die Fälle, wo von einer Schuld weder auf der einen noch auf der anderen Seite die Rede sein kann, und lässt sich anderseits aus dem Wortlaute des Gesetzes in keiner Weise entnehmen, da dasselbe von den Gründen, durch welche das thatsächliche Auseinandergehen herbeigeführt wird, überhaupt nicht spricht.

Mit Unrecht beruft man sich auch für das Erforderniss des Zusammenlebens auf folgende Worte in der l. un. D. u. v. e. u., (38, 11): «Ut autem hæc bonorum possessio locum habeat, uxorem esse oportet mortis

[1] Vgl. Glück, a. a. O., S. 442 fg. — Sintenis, Civilrecht, Bd. III, S. 352.

tempore; sed si divortium quidem secutum sit, verum tamen jure durat matrimonium, hæc successio locum non habet.»

Aus dieser Stelle soll sich ergeben, dass die Bonorum possessio unde vir et uxor neben dem Fortbestehen des ehelichen Bandes zugleich das factische Zusammenleben der Ehegatten voraussetzt; es müsse also auch das Recht der armen Wittwe durch diese Voraussetzung bedingt sein. Allein dabei ist übersehen, dass «divortium» weder hier noch irgendwo in den Quellen factisches Auseinandergehen im Gegensatz zur rechtlichen Scheidung heisst, und dass der citirte Satz nur aus den nächstfolgenden Worten richtig verstanden werden kann, welche folgender Massen lauten:

«Hoc autem in huiusmodi speciebus procedit: liberta ab invito patrono divortit; lex Julia de maritandis ordinibus retinet istam in matrimonio, dum eam prohibet alii nubere invito patrono.»

Hiernach handelt die Stelle von dem speziellen Fall, wo eine Freigelassene, die mit ihrem Patron verheirathet war, sich von ihm scheiden wollte, ohne ihren Willen zur Ausführung bringen zu können, weil ihr das Recht dazu durch die lex Julia entzogen worden war. Hier soll die Bonorum possessio unde vir et uxor wegfallen, weil, wenn gleich die Ehe von Rechtswegen fortbesteht, die Frau doch den Scheidungswillen kundgegeben und damit auf ihre Rechte als Ehefrau verzichtet hat. Den Scheidungswillen macht allerdings das Gesetz unwirksam, aber der darin enthaltene Verzicht auf das Erbrecht

bleibt gültig. Demgemäss lässt sich aus dieser Stelle nicht der Schluss ziehen, dass auch die bloss factische Trennung den Verlust des Erbanspruchs bewirke. Dieser Folgerung stehen überdies andere Stellen entgegen, aus welchen sich unmittelbar ergibt, dass an die bloss factische Trennung die rechtlichen Wirkungen der Scheidung nicht geknüpft sind[1].

Auch aus inneren Gründen ergibt sich die Unrichtigkeit der hier missbilligten Ansicht. Wenn eine die Scheidung rechtfertigende Pflichtverletzung von Seiten der Frau die factische Trennung veranlasste, so stand es ja dem Manne frei sich auch rechtlich von ihr zu scheiden; that er dies nicht, so sollte sie nach seinem Willen die Rechte einer Ehefrau behalten.

Justinian konnte demnach unter dem Zusammenleben der Ehegatten bis zum Tode des Mannes nur die Fortdauer der Ehe bis zu diesem Zeitpunkte verstehen, also nur sagen wollen, dass keine Scheidung eingetreten sein dürfe. Seine Ausdrucksweise findet ihre natürliche Erklärung in dem Umstande, dass die römische Scheidung keine besondere Form und kein gerichtliches Verfahren forderte; es genügte dazu eine Willenserklärung der Ehegatten welche sich durch ein factisches Auseinandergehen äusserte. So lange die Ehegatten sich nicht trennten, trat

[1] L. 32, § 12. D. de donat. int. vir. et ux. (24, 1): Quod si divortium non intercesserit, sed frigusculum, donatio profecto valebit, si frigusculum quievit. — Vgl. auch l. 31, D. de jure dot. (23, 3). — L. 15, D. de rer. am. (25, 2).

eine wirkliche Scheidung nicht ein, weil der Scheidungswille, wenn auch vorhanden, sich noch nicht als ein ernstlich gemeinter manifestirt hatte[1].

Nach römischem Rechte gab es also keine von der Scheidung verschiedene Trennung, welche einen Einfluss auf das Recht der Wittwe ausübte. Anders verhält es sich heut zu Tage. Nach dem Recht der katholischen Kirche hat die immerwährende Trennung von Tisch und Bett die vermögensrechtlichen Wirkungen des divortium. Dagegen die bloss zeitige Trennung ist von keinem Einfluss auf die Vermögensrechte der Ehegatten[2]; letztere hebt daher unter keinen Umständen das Recht der Wittwe auf[3].

III. Armuth der Wittwe.

§ 3.

Das Gesetz des Kaisers Justinian will die Frau, welche durch den Tod ihres Mannes ihre nätürliche Stütze verliert, vor Noth bewahren. Desshalb macht

[1] Von manchen Juristen wird denn auch das Erforderniss des factischen Zusammenlebens gar nicht erwähnt, vgl. Puchta, Vorlesungen, § 456, Arndts in Weiske's Rechtslexicon, Bd. V, S. 698.

[2] Vgl. Richter, Kirchenrecht, § 268, sub II.

[3] Die oben auf Seite 16 Note 2 und Seite 17 Note 1 citirten Schriftsteller, welche aus dem römischen Rechte das Erforderniss des Zusammenlebens herleiten, nehmen consequenter Weise an, dass auch die zeitige Trennung das Recht der armen Wittwe ausschliesse, die einen schlechthin, die anderen unter der Voraussetzung, dass die Frau die Trennung verschuldet habe. Vgl. auch Overbeck, Medit., Bd. IV, med. 240.

es das ihr zu diesem Zweck eingeräumte Recht von ihrer Armuth abhängig:

Nov. 53 c. 6 § 2: Hæc itaque dicimus, si coniunctorum alter dotem aut antenuptialem donationem non faciens, inops aut vir aut mulier inveniatur.... Nam si aliunde forsan habeat, non offerentem dotem aut non dantem propter nuptias donationem non erit justum gravare filios per successionem.

Nov. 117 c. 5: ...Si quis indotatam uxorem per affectum solum acceperit.... sancimus ex substantia viri accipere.

Es muss also die Frage erörtert werden, an welchen juristischen Merkmalen die Armuth zu erkennen sei. Ueber den allgemeinen Begriff der Armuth kann kein Zweifel obwalten. Wer keine bona hat, quæ beant[1], d. h. wer nach Abzug der Schulden kein actives Vermögen besitzt[2], oder nicht genug, um ohne Unterstützung leben zu können, der ist arm. Nach diesem Begriff lässt sich aber in einem gegebenen Falle nicht unmittelbar feststellen, ob ein Vermögen für den Unterhalt einer Person ausreicht oder nicht: denn die Lebensbedürfnisse des Einzelnen bestimmen sich bloss durch concrete Momente[3].

[1] L. 49, D. de V. S. (50, 16.)

[2] L. 39, § 1, D. eod.

[3] So beziehen sich auch die über den Begriff der Armuth in den Quellen enthaltenen näheren Erläuterungen bloss auf specielle Fälle. Vgl. z. B., l. 5, § 7, D. de agnosc. et alend., lib. (25, 3): «Aditi a te competentes judices ali te a patre tuo jubebunt pro modo facultatum eius, si modo, quum opificem te esse dicas, in ea valetudine es, ut operis sufficere non possis.» Hier ist von der Armuth die Rede welche der Alimentationsanspruch voraussetzt. Vgl. auch l. 10, D. de acc. et inscr. (48, 2.)

Desshalb kann, was für den Einen Armuth ist, für den Andern Reichthum sein. Es hängt diess lediglich vom Stande und von den Familienverhältnissen ab. Nach diesen muss der Richter entscheiden, ob das eigene Vermögen einer Wittwe für ihre Existenz genügt, oder ob sie, weil es nicht genügt, arm ist[1]. Er muss also auf der einen Seite den Stand des verstorbenen Mannes berücksichtigen, auf der anderen Seite aber auch den gegenwärtigen Wittwenstand der Frau, nach welchem sie keinen Anspruch darauf hat, den bei Lebzeiten ihres Ehemannes geführten Haushalt fortzusetzen, sondern sich schon eines standesgemässen Unterhaltes erfreut, wenn sie unter den ihrer Lage entsprechenden Einschränkungen die nothwendigen Lebensbedürfnisse zu bestreiten im Stande ist. Auf diesen Maasstab der Beurtheilung weisen namentlich Stryk und Leyser hin:

Stryk, Diss. IV cap. I § 19: «Inopia non tantum metienda respectu mariti decedentis quam respectu uxoris superstitis.»

Leyser, Med. ad Pand. spec. 424 med. II: «Igitur vidua pauper erit quæ non habeat quidem unde se parce nutriat, vestiat, habitet, non unde vero servulos quos maritus olim ei aluit porro pascat, suppelectilem mundiorem, qua maritus uti sueverat, comparet[2].»

Es haben eine ganze Reihe von Schriftstellern den Versuch gemacht, dem Richter einen festeren Anhaltspunkt und eine bestimmtere Regel zur Beant-

[1] Vgl. Seuffert's Archiv Bd. XV, § 231, sub 2.

[2] Vgl. auch Bülow und Hagemann, Erört. Bd. II, Erört. 40.

wortung der Frage über die Armuth der Wittwe zu geben. Manche wollen aus den Worten: «si forsan aliunde dives sit, non justum foret, ut illa.... liberos successione conjugis gravet,» in Nov. 53, c. 6 § 2 folgern, dass die überlebende Frau ein stattliches Vermögen haben müsse, damit ihr das Recht der armen Wittwe versagt werden könne[1]. Sie übersehen dabei, dass hier nur gesagt ist, der reichen Wittwe stehe dieses Recht — nicht zu. Die Frage, unter welcher Voraussetzung es der Wittwe zukommt, wird in demselben Satze dahin beantwortet: «hæc dicimus, si.... illa superstes pauper existat.» Andere Juristen halten sich desshalb auch an diese Worte, aber sie ziehen aus ihnen, in Verbindung mit der Erklärung Justinians, dass die Wittwe vor «novissima inopia» und «extrema necessitas[2]» geschützt werden müsse, den falschen Schluss: nur die in der äussersten Bedrängniss lebende Wittwe solle das Recht auf Unterstützung beanspruchen dürfen[3]. Die Vorschriften Justinians beruhen auf der sittlichen Natur der Ehe. Dieser würden sie nicht entsprechen, wenn sie nur in den extremen Fällen Hülfe gewähren wollten.

Ganz willkührlich ist endlich die Ansicht, es sei die Wittwe nur dann als arm zu betrachten, wenn ihr eigenes Vermögen den vierten Theil des Nachlasses nicht erreiche[4]. Dieser Satz enthält allerdings

[1] Vgl. Strube, Rechtl. Bedenken, Bd. II, cap. 58.
[2] Nov. 53 c. 6 pr.
[3] Vgl. Glück, a. a. O, S. 446 Note 43.
[4] Vgl. Pufendorff, Obs., Bd. III, Obs. 177, § 1.

eine leicht anzuwendende Regel, aber wie sich diese Regel mit dem Zweck des Gesetzes vertragen soll, ist schwer einzusehen, da eine Wittwe, welche sich in jener Vermögenslage befindet, doch dadurch nicht auf alle Fälle gegen Noth geschützt ist. Es fehlt denn auch in den Bestimmungen Justinians jeder Anhalt, auf den sich diese Regel stützen liesse.

Der Wortlaut der Gesetze führt aber allerdings zu einer Vorschrift, die, wenn sie beabsichtigt wäre, um nichts besser sein würde als jene Regel. Nach Nov. 53 c. 6 pr. wie nach Nov. 117 c. 5 sollen nämlich nur mulieres indotatæ an der Erbschaft ihres Ehemannes Theil nehmen. Der Buchstabe des Gesetzes schliesst also die Wittwe von der Erbschaft aus, sobald sie nur irgend welche Dos in die Ehe gebracht hat, gleichviel ob dieselbe für sich allein oder mit Einschluss der Eheschenkung zum Unterhalt der Wittwe hinreicht oder nicht. Es fehlt in Folge dessen auch nicht an Juristen, welche behaupten dass der Wortlaut des Gesetzes dessen wirklichen Sinn enthalte[1]. Diese Behauptung ist aber in der That nur dann möglich, wenn man von dem Gesammtinhalt der beiden Novellen keine Notiz nimmt. Im Eingang dieser Gesetze berichtet Justinian, dass dieselben durch Fälle veranlasst sind, wo die Armuth der Wittwe in dem gänzlichen Mangel einer Dos ihren Grund hatte. Dieser Bericht hat die unwillkührliche Folge, dass er seine neuen Bestim-

[1] Vgl. Glück, a. a. O., S. 440. — Vangerow, Pandekten, § 488, Anm. 1. — v. Löhr, a. a. O., S. 366 fg. — Zimmern, Grundriss des gem. Erbr., S. 59.

mungen für «huiusmodi uxores» erlässt, aber demungeachtet so, dass er die Armuth als die entscheidende Bedingung für den Anspruch der Wittwe aufstellt und die Nichtdotirung nur als den Grund der Armuth betrachtet, wie diess seiner Erfahrung entsprach[1]. Die Praxis hat sich denn auch von jeher vorherrschend der Ansicht zugewandt, dass eine Dos, welche die Armuth nicht aufhebt, dem Anspruch der armen Wittwe nicht entgegensteht[2].

Eine andere Frage ist die, ob dieser Anspruch nicht cessiren muss, wenn die Wittwe gegen bemittelte Eltern oder Kinder einen Alimentationsanspruch hat, durch welchen sie ihren Unterhalt bekommen kann. In der heutigen Doctrin und Praxis wird diese Frage häufig bejaht[3], weil man sich die Natur des Alimentationsanspruchs nicht vergegenwärtigt. Um die Armuth der Wittwe auszuschliessen, müsste der Alimentationsanspruch zu den bona gehören, also ein Vermögensbestandtheil sein. Diess ist er aber in der That nicht. Er hat, weil sein Entstehungsgrund das Pietätsverhältniss zwischen Eltern und Kindern ist, keine ökonomischen, sondern

[1] Vgl. Nov. 53, c. 6 pr., verb. «videmus — indotatis», und § 2, verb. «hæc itaque — exsistat.

[2] Vgl. die bei Schirmer, a. a. O., S. 234, Note 8, citirten älteren Praktiker, sowie eine Entscheidung des O. A. G. zu Celle, vom Jahre 1860, in Seuffert's Archiv, XV, 231, während derselbe Gerichtshof in einem Erkenntniss vom Jahre 1854 entschieden hatte, dass auch die geringste Dos das Erbrecht der armen Wittwe ausschliesse.

[3] Vgl. Leyser, Med. spec. 424, med. IV, und das dort angeführte Responsum vom Jahre 1723. — Strube, a. a. O., Bd. II, cap. 58, § 3. — Stryk, Diss., IV, cap. I, § 21. — Glück, a. a. O., S. 448. — Schirmer, a. a. O., S. 234, Note 8 a. E.

nur einen sittlichen Zweck. Darum zählt er nicht zum Vermögen und kann desshalb auch nicht gegen die Erben des Verpflichteten geltend gemacht werden[1].

Dazu kommt dass der Alimentationsanspruch ein subsidiärer ist, welcher erst begründet wird, wenn man sich nicht selbst seinen Unterhalt verschaffen kann[2], also wenn man sich in der Lage befindet, welche der Wittwe ihren Erbanspruch gibt[3].

Auch abgesehen von diesen Gründen, liesse es sich nicht rechtfertigen, wenn das Gesetz die Wittwe zunächst auf den Alimentationsanspruch gegen ihre Eltern oder Kinder verwiesen, oder wenn es ihr überhaupt nur einen Alimentationsanspruch gegen die Erben des Mannes eingeräumt hätte. Das Alimentationsverhältniss würde für die Wittwe ein drückendes sein, dem sie, wo es das Vermögen des Mannes gestattet, nicht ausgesetzt werden darf. Justinian hat desshalb auch ihren Erbanspruch bloss von ihrer Armuth (inopia) zur Todeszeit des Mannes abhängig gemacht, nicht zugleich, wie diess bei dem Alimentationsanspruch einer Person der Fall ist[4], von ihrer Unfähigkeit, sich durch eigene Thätigkeit zu erhalten. Er hat berücksichtigt, dass die Erwerbsfähigkeit der Wittwe durch Krankheit und Alter eine Unterbrechung erleiden oder ganz aufhören kann,

[1] Vgl. l. 7, C. de prom. dot. (5, 11). — L. 6, D. de collat. (37, 6). — L. 5, § 2, D. de agn. et al., lib. (25, 3), und dazu Kœppen, Erbrecht, S. 172, Note 7.

[2] L. 5, § 7, 13, 19, 25, D. de agn. et al., lib. (25, 3). — L. 8, § 5, C. de bon. quæ, lib. (6, 61).

[3] Vgl. Erk. des O. A. G. zu Celle, in Seuff. Arch. XV, 231.

[4] L. 5, § 7, D. de agn. et alend., lib. (25, 3).

und dass sie desshalb trotz derselben an dem Nachlass des Mannes Theil nehmen muss, wenn sie nicht nachträglich auf einen etwaigen Alimentationsanspruch beschränkt oder gerade in der dringendsten Lage aller Hülfe beraubt sein soll[1].

Zweiter Abschnitt.

DER INHALT.

I. Gegenstand.

§ 4.

Den Inhalt des Rechts der armen Wittwe bildet der Anspruch auf einen bestimmten Theil vom hinterlassenen activen Vermögen des Mannes. Es kommen dabei bei ihm zwei Punkte in Betracht: der Gegenstand und die Art der Zuwendung (§ 5).

Die Grundlage für das Recht der armen Wittwe bilden, wie schon oben in der Einleitung bemerkt wurde, die Vorschriften, durch welche Justinian dem sich ohne rechtfertigenden Grund scheidenden Ehegatten die Verpflichtung auferlegte, an den unschuldigen Theil die quarta pars puræ substantiæ zu geben, mit der einschränkenden Bestimmung, dass sich die Strafe auf hundert Pfund Goldes ermässigen

[1] Aus diesen Gründen ist auch von Bülow und Hagemann, Erört., Bd. II, Erört. 40, und von Stryk, a. a. O., § 20, die hier vertretene Ansicht adoptirt.

solle, wenn das Viertel seines reinen Activvermögens nach Abzug der Schulden diesen Betrag überschreite:

L. 11 § 1 C. de repud. (5 17). Si quis autem eam, quam sine dote uxorem acceperat, a conjugio suo repellere voluerit, non alias ei hoc facere licebit, nisi talis culpa intercesserit, quæ nostris legibus condemnatur. Si vero sine culpa eam reiecerit, vel ipse talem culpam contra innocentem mulierem commiserit, compellatur ei quartam partem propriæ substantiæ pro rata portione persolvere, ut, si quidem quadringentarum librarum auri vel amplius vir substantiam habeat, centum libras auri mulieri præstet, et nihil amplius, etsi quantamcunque substantiam possideat. Sin vero minus quadringentis libris auri puta substantia eius fuerit, tunc quarta pars, computatione facta puræ substantiæ eius, usque ad minimam quantitatem mulieri detur.

Nov. 22 c. 18: Si vero etiam maiorem prædictæ quadringentarum auri librarum quantitatis substantiam habeat, non amplius centum auri damnificetur (vir) libris. Ad maximam namque plerumque respicientes dotem legem hanc scripsimus, substantiam illam merito secundum nostras leges existimantes esse, quæ pura debitis videatur.

Durch die Nov. 53 c. 6 wurde diese Verordnung von der verstossenen vermögenslosen Frau ausgedehnt auf die arme Wittwe, mit dem ausdrücklichen Hinzufügen, dass diese ganz in derselben Weise wie jene einen Anspruch auf die quarta pars substantiæ haben solle, also auf ein Viertel vom reinen Activ-

vermögen, nicht auf ein Viertel von der auch die Schulden begreifenden hereditas:

Nov. 53, c. 6: «Sicut scripsimus legem volentem, si sine dote exsistentem uxorem vir dimiserit, quartam partem eius substantiæ habere mulierem, sive plures, sive minus fuerint filii.»

Dieser Anspruch liess sich aber in dem Umfang der ihm hier gegeben war, nicht rechtfertigen. Wenn die Wittwe, auch wo Kinder mit ihr concurrirten, stets die Quart erhielt ohne Rücksicht auf die Zahl derselben, und wenn sie auch neben eigenen Kindern die Quart, statt zum Niessbrauch, zum Eigenthum erwarb, so lag darin eine Verkürzung der Kinder, welche den Grundsätzen der Billigkeit nicht entsprach. Dem Kaiser Justinian entgiengen denn auch diese beiden Mängel nicht. Um sie zu beseitigen, unterwarf er das Recht der Nov. 53 c. 6 einer Umgestaltung, indem er in Nov. 117 c. 5 bestimmte: «Quia vero legem dudum posuimus præcipientem, ut, si quis uxorem aliquando sine dotalibus acceperit, cum affectu nuptiali et hanc sine causa legibus agnita proiecerit, accipere eam quartam partem substantiæ eius, et aliam post hanc fecimus legem, decernentem, si quis indotatam uxorem per affectum solum acceperit, et usque ad mortem cum ea vivens præmoriatur, accipere similiter et eam quartam illius substantiæ portionem, ita tamen, ut non transcendat hoc centum librarum auri quantitatem, in præsenti melius utramque legem disponentes sancimus, in utroque casu ex talibus matrimoniis natos filios legitimos esse, et ad paternam vocari hereditatem, uxorem autem ex utroque

horum casuum, si quidem usque ad tres habuerit filios eius vir, sive ex ea sive ex alio matrimonio, quartam partem ex substantia viri accipere. Si autem amplius fuerint filii, tantum in utroque similiter casu accipere jubemus mulierem, quantum uni competit filiorum, ita quippe, ut usum solum in talibus rebus mulier habeat, dominium autem illis filiis servetur, quos ex ipsis nuptiis habuerit.»

Damit über den Umfang, in welchem Justinian das alte Recht abänderte, kein Zweifel entstehen könne, gibt Justinian hier im Eingang des Gesetzes an, welche Bestimmung des alten Rechts er abzuändern beabsichtigt.

Durch eine frühere Novelle, sagt er, habe er verordnet, dass die arme Wittwe den vierten Theil vom Vermögen des Mannes erhalten solle, jedoch so, dass er den Betrag von hundert Pfund Goldes nicht übersteigen dürfe. Diese Vorschrift wolle er gegenwärtig dahin verbessern: die Wittwe soll, wenn der Mann drei oder weniger Kinder hinterlässt, gleichviel ob von ihr oder aus einer frühern Ehe, auch ferner die quarta pars substantiæ viri erhalten; dagegen, wenn sie mit mehr Kindern concurrirt, nur einen Kindestheil, und neben eigenen Kindern soll sich ihr Recht in allen Fällen auf den Niessbrauch beschränken. Hiernach hat Justinian in die Neubestimmung der Quote die alte Beschränkung auf hundert Pfund Goldes nicht wieder aufgenommen, und damit aufgehoben[1]. Und so sind auch

[1] Vgl. Kœppen, Grundr., S. 86. — A. M. Sintenis, a. a. O., S. 353. — Schirmer, a. a. O., S. 236, Note 10. — Windscheid, a. a. O., S. 125, Note 7. — Arndt's Pand., § 481.

in der That alle theoretischen Bemühungen, besondere Regeln für die Reduction jener Summe auf den heutigen Münzfuss aufzustellen, erfolglos geblieben. In der Praxis besteht darüber auch keine Meinungsverschiedenheit; sie gewährt der Wittwe ihre Quart stets ungeschmälert[1]. Dagegen hat Justinian die alte Beschränkung der Quote auf das reine Activvermögen unverändert stehen lassen. Den Gegenstand für das Recht der armen Wittwe bildet desshalb auch nach der neuen Bestimmung nicht eine Quote der hereditas; ihr Recht ergreift stets nur die Quart oder einen Kindestheil von den erbschaftlichen Activen nach Abzug der Schulden.

Unter welchen Voraussetzungen die Wittwe die Quart, und unter welchen Voraussetzungen sie bloss einen Kindestheil erhält, steht nach dem dargelegten Inhalt der Nov. 117 c. 5 und ihrem Verhältnisse zu der Nov. 53 c. 6 ausser Zweifel. Die Nov. 117 c. 5 hat für den Fall, wo den Mann nicht seine Kinder, sondern andere Personen beerben, keine Neuerung eingeführt; hier bekommt die Wittwe nach wie vor die Quart auf Grund der Nov. 53 c. 6. Wenn die älteren Juristen die neue Bestimmung der Nov. 117 c. 5 auch auf den Fall anwenden, wo der Mann von Ascendenten oder Seitenverwandten beerbt wird[2]; so lässt sich diess nicht rechtfertigen. Sie berufen sich auf folgende Stelle in Nov. 117 c. 5:

[1] Vgl. Göschen, Civilrecht, § 931 a. E.

[2] Vgl. Stryk, a. a. O., § 41. — Glück, a. a. O., S. 451. — Schmalz, Rechtsfälle, S. 79 fg.

«Sin autem mulier liberos ex eo non habeat, jubemus ut res quas ex substantia viri ad eam venire hac lege jussimus etiam domini jure habeat.»

Nach diesen Worten, sagt man, solle sich auch wenn keine Kinder aus der letzten Ehe berufen seien, der Antheil der Wittwe nach der Zahl der Erben bestimmen. Aus dem citirten Passus ergibt sich aber in der That nur, dass in dem erwähnten Falle auch nach dem neuen Gesetze (hac lege) die Wittwe nicht bloss den Niessbrauch, sondern, wie früher stets, das Eigenthum an der ihr gebührenden Quote von den erbschaftlichen Activen erhalten soll [1].

Die neue Quotenbestimmung der Nov. 117 c. 5 bezieht sich also bloss auf den Fall wo eigene Kinder des Erblassers zur Erbschaft berufen sind: «Si quidem usque ad tres habuerit filios sive ex ea sive ex alio matrimonio, quartam partem ex substantia viri accipere. Si vero amplius fuerint filii, tantum in utroque similiter casu accipere jubemus mulierem, quantum uni competit filiorum.» Bei dem Zusammenhange zwischen dem letzten und dem ersten Satze ist es selbstverständlich, dass sich die Worte «vel ex ipso vel ex alio matrimonio» auch auf jenen beziehen, und dass demgemäss die Wittwe nicht bloss neben mehr als drei eigenen, sondern auch neben mehr als drei Stiefkindern nur auf einen Kopftheil Anspruch hat. Dem Erblasser standen

[1] Vgl. Bülow und Hagemann, Erört., Bd. VI, Erört. 88. — Schirmer, a. a. O., S. 236, Note 11.

diese Kinder eben so nahe als jene, und diess kann für die Erwägung, wie viel ihnen von der Erbschaft zufallen muss, allein massgebend sein.

Auch die Frage, wann der verstorbene Mann bloss «usque ad tres liberos» und wann er «plures liberos» hat, macht keine Schwierigkeiten, obwohl weder Nov. 53 c. 6 noch Nov. 117 c. 5 über den Fall, wo Enkel oder Urenkel allein oder neben Descendenten ersten Grades zur Erbschaft berufen sind, eine ausdrückliche Bestimmung enthält.

Nach den für die Intestaterbfolge geltenden Grundsätzen succediren die mehreren Enkel von einem verstorbenen Sohne oder einer verstorbenen Tochter in locum parentis defuncti: sie vertreten bei der Erbfolge den parens defunctus, indem sie zusammen den Theil der Erbschaft erhalten, der auf ihn gefallen sein würde[1], und durch die etwa vorhandenen näheren Descendenten des Erblassers nicht ausgeschlossen werden. Dieses sogenannte Repräsentationsprincip und die mit ihm verbundene successio in stirpes haben ihren Grund in der gleichen Liebe des Erblassers zu seinen Descendenten, ohne Rücksicht auf die Nähe des Grades[2]. Es ist desshalb ein naturgemässer Grundsatz, dass mehrere von einem verstorbenen Kinde abstammenden Enkel für ein Kind gelten. Als solcher muss dieser Grundsatz auch zur Anwendung kommen, wenn die arme Wittwe neben Enkeln ihres verstorbenen Mannes zur Erbschaft berufen ist. Die Worte «usque ad tres

[1] Nov. 118 c. 1.

[2] Vgl. Kœppen, Erbrecht, S. 36.

liberos» und «si plures liberi sint» müssen demgemäss auf Descendentenstämme bezogen, und die Worte «quantum uni ex liberis competit» von dem auf einen Descendentenstamm fallenden Erbschaftstheil verstanden werden, so dass der Kindestheil, welchen die Wittwe nach Nov. 117 c. 5 haben soll, ein Stammtheil ist. Wenn also z. B. der Mann von sieben Enkeln einer verstorbenen Tochter, von einem Sohne und von drei Urenkeln eines verstorbenen Sohnes beerbt wird, so erhält die Wittwe die Quart, weil nicht mehr als drei Descendentenstämme mit ihr concurriren[1].

II. Art der Zuwendung.

§ 5.

Justinian gibt der armen Wittwe den Anspruch auf ihre Quote nicht bloss wenn sie bei der Intestaterbfolge durch nähere Erben vom Nachlass ausgeschlossen wird, sondern auch wenn ihr im Testament des Mannes nichts oder weniger als die Quote hinterlassen ist. Der Mann kann diesen Anspruch nur dadurch aufheben, dass er seiner Frau die Quote aus seinem Vermögen in irgend einer Form zuwendet, nicht durch gänzliche oder theilweise Ausschliessung vom Nachlass. Hat er ihr die Quote

[1] Vgl. Glück, a. a. O., S. 454. — Arndt's, in Weiske's Rechtslex., Bd. V, S. 698. — Büchel, Streitfragen aus Nov. 118, S. 226. — Schirmer, a. a. O., S. 237, Note 12.

nicht vollständig hinterlassen, so darf sie die Ergänzung fordern[1], und hat er sie überhaupt nicht bedacht, so wird ihr die quarta pars puræ substantiæ oder ein Kindestheil lege deferirt; statt durch den Mann, erfolgt die Zuwendung durch das Gesetz.

Hiernach müssen auf das Recht der armen Wittwe dieselben Grundsätze zur Anwendung kommen, welche für das Recht des arrogatus impubes auf die sogenannte Quarta Divi Pii gelten. Beide Rechte beruhen auf Vorschriften von ganz analoger Natur. Man darf desshalb annehmen, dass Justinian die Quarta Divi Pii unmittelbar als Vorbild vor Augen hatte, als er im Anschluss an sein Gesetz über die Ehescheidungsstrafe die Quart für die arme Wittwe einführte[2]. Um den arrogatus impubes gegen eine Arrogation aus egoistischen Gründen sicher zu stellen[3], bestimmte Antoninus Pius: der impubes soll einen Anspruch auf den vierten Theil der reinen Activa vom Nachlass des Arrogators haben und denselben nur durch eine emancipatio causa cognita et probata verlieren können[4]. Dem entsprechend ver-

[1] Nov. 53, c. 6 pr.: « Si tamen legatum aliquod reliquerit ei vir, compleri hoc ... »

[2] Vgl. Kœppen, Erbrecht, S. 138.

[3] Vgl. Kœppen, a. a. O., S. 135 fg.

[4] L. 13, D. si quid in fraud. patr. (38, 5): « ... si causa cognita emancipatus fuit, quartam perdit.» — § 3, J. de adopt. 1, 11: « ... Item non aliter emancipare eum potest, nisi causa cognita dignus emancipatione fuerit, et tunc sua bona ei reddat. Sed et si decedens pater eum exheredaverit, vel vivus sine justa causa eum emancipaverit, jubetur quartam partem ei bonorum suorum relinquere. »

ordnete Justinian, um die Frau nach dem Tode des Mannes vor Noth zu schützen: die arme Wittwe soll quartam partem puræ substantiæ viri accipere und diesen Anspruch aus keinem andern Grunde verlieren können, als durch Auflösung der Ehe vor dem Tode des Mannes. Damit gewährte er der Wittwe ein gleiches Pflichttheilsrecht in Gestalt eines gesetzlichen Vermächtnisses, wie es Antoninus Pius dem arrogatus impubes eingeräumt hatte. Sie sollte, wie dieser, nicht jure hereditario zugleich in die Rechte und Schulden des Mannes pro parte succediren, sondern bloss, wie ein Vermächtnissnehmer, eine Forderung auf eine Quote von den reinen Activen haben:

L. 2, § 1, D. fam. ersc. 10, 2:

«Si quarta ad aliquem ex Constitutione Divi Pii arrogatum deferatur, quia hic neque heres, neque bonorum possessor fit, utile erit familiæ erciscundæ judicium necessarium.»

L. 1, § 21, D. de collat. 37, 6:

«.....secundum D. Pii rescriptum quarta debetur.»

L. 8, § 15, D. de inoff. test. 5, 2:

«.....quartam ei quasi aes alienum concedendam.»

A. Als Pflichttheilsrecht ist der Anspruch der armen Wittwe anomaler Natur; er weicht von dem regelmässigen Pflichttheilsrecht in folgenden Punkten ab:

1) Er setzt kein Intestaterbrecht voraus. Demgemäss ist hier der Pflichttheil nicht wie sonst ein Theil der Intestatportion, sondern er wird, wie

die Ehescheidungsstrafe, von dem gesammten Vermögen des Mannes berechnet[1].

2) Die Berechnung des Pflichttheils erfolgt in doppelter Beziehung nach andern Grundsätzen:

a) Die arme Wittwe muss sich nicht bloss jede unmittelbare Gabe aus der Erbschaft ihres Ehemannes in den Pflichttheil einrechnen, sondern Alles, was sie mortis causa von ihm erhält: also nicht bloss das durch Erbeinsetzung, Vermächtniss[2] oder Schenkung auf Todesfall[3] Hinterlassene, sondern auch Erbportionen, die ihr durch Accrescenz oder Substitution zufallen, sowie den Erwerb aus den donationes inter vivos[4] und propter nuptias, da jene nur als Schenkungen auf Todesfall aufrecht erhalten werden, und diese ebenfalls bis zum Tode des Mannes rechtlich zu dessen Vermögen gehören[5]. Das Gesetz fordert nur, dass die Wittwe quartam partem ex substantia viri accipit; eine bestimmte Form in welcher ihr dieser Theil zuzuwenden ist, hat Justinian nicht vorgeschrieben, daher wird seinem Ge-

[1] Kœppen, Erbr., S. 139, nimmt irrthümlich an, dass Justinian den Pflichttheil nach dem eventuellen gesetzlichen Erbtheil der Frau auf Grund der Bonorum possessio unde vir et uxor berechnete. Darnach hätte der Pflichttheil den dritten Theil des Nachlasses betragen müssen: denn die Nov. 18, durch welche Justinian den Pflichttheil erhöhte, datirt schon aus dem Jahre 536, während das Recht der armen Wittwe durch Nov. 53 erst im Jahre 537 eingeführt wurde.

[2] Vgl. oben S. 35, Note 1.

[3] Vgl. Seuff. Archiv, XVII, 263.

[4] Vgl. Sintenis, a. a. O., § 165, An. 2 sub 3.

[5] Vgl. Windscheid, Pand., § 508, Note 7.

setze durch jede letztwillige Zuwendung aus dem Vermögen des Mannes genügt. Eine solche ist aber das conditionis implendæ causa datum nicht, weil es keine Gabe ex substantia viri ist, ebensowenig die Dos, welche die Erben des Mannes an die Frau zu restituiren haben[1], und ebensowenig auch die Schenkungen unter Lebenden, welche ausnahmsweise sofort gültig sind[2]. Diese Erwerbungen können nur bei der Berechnung des eigenen Vermögens der Frau in Anschlag kommen, wenn es sich um die Frage handelt, ob sie arm ist[3].

b) Bei der Berechnung des Pflichttheils findet der Satz: «exheredatus numerum facit» keine Anwendung. Wenn der Mann ein Testament gemacht hat, so hängt es nur von der Zahl der instituirten Kinder ab, ob seine Wittwe die Quart, oder einen Kindestheil erhält; die exheredirten zählen nicht mit, denn Nov. 117 c. 5 spricht nur von filii, die ad paternam hereditatem vocantur. Dagegen bildet hier wie sonst der Bestand des Vermögens zur Todeszeit des Testators die Grundlage für die Berech-

[1] L. 75, D. de jure dot. (23, 3): « Quamvis in bonis mariti dos sit, mulieris tamen est. »

[2] Wie z. B. die Schenkungen, welche nur in der Gestattung des Gebrauchs von Sachen oder Diensten bestehen, wie es das eheliche Zusammenleben mit sich bringt; vgl. l. 18, l. 28, § 2, l. 31, § 1, D. de d. i. v. e. u. (24, 1).

[3] Glück, a. a. O., S. 463, und die von ihm in Note 68 Citirten, stellen den Satz auf, die Wittwe müsse sich überhaupt ihr eigenes Vermögen und desshalb auch die Dos in den Pflichttheil einrechnen lassen. Dabei ist aber übersehen, dass sie nach Justinians Vorschrift nicht auch zugleich aus ihrem Vermögen, sondern allein aus dem Vermögen ihres Mannes die gesetzliche Quote erhalten soll.

nung des Pflichttheils[1]; und auch hier muss, wenn die Zuwendung des Pflichttheils cum gravamine erfolgt ist, das gravamen bis zum Betrage des Pflichttheils pro non scripto geachtet werden und nur auf den Ueberschuss gültig bleiben[2], sofern es die Wittwe nicht freiwillig übernommen hat.

3) Die Verletzung des Pflichttheilsrechts durch Ausschliessung der Wittwe im Testament hat andere Wirkungen. Sie begründet für die Wittwe keine querela inofficiosi testamenti zur Verfolgung ihres Intestaterbrechts, sondern sie bewirkt nur die Zuwendung des Pflichttheils durch das Gesetz. So verhält es sich beim arrogatus impubes, wie die Quellen ausdrücklich hervorheben:

L. 8, § 15, D. de inoff. test. (5, 2):

«Si quis impubes arrogatus sit ex his personis, quæ et citra adoptionem et emancipationem queri de inofficioso possunt, hunc puto removendum a querela, quum habeat quartam ex constitutione Divi Pii.»

4) Das Pflichttheilsrecht der armen Wittwe ist, wie das des arrogatus impubes ein absolutes. Es kann ihr aus keinem Grunde durch Enterbung, sondern nur durch Scheidung entzogen werden[3]:

[1] L. 6, C. de inoff. test. (3, 28).

[2] L. 32, C. eod. — Nov. 18 c. 3.

[3] Selbstverständlich kann aber die Wittwe auf ihr Recht durch einen Vertrag mit dem Manne, insbesondere auch durch Ehepacten, verzichten; vgl. Seuff. Arch., X, 273.

§ 3, J. de adopt. 1, 11:

«.....Sed et si decedens pater eum exheredaverit, vel vivus sine justa causa eum emancipaverit, jubetur quartam partem ei bonorum suorum relinquere.»

B. Als ein gesetzliches Vermächtniss steht das Recht der armen Wittwe unter den allgemeinen Grundsätzen des Vermächtnissrechts. Es wird ihr mit dem Tode des Mannes, in derselben Weise wie diess beim arrogatus impubes geschieht, eine Forderung auf ihre Quote deferirt[1]. Durch diese Delation erwirbt sie, wie jeder Legatar[2], die Forderung unter der Bedingung, dass sie nach erfolgtem Erbschaftsantritt[3] das Vermächtniss agnoscirt, d. i. unter der Bedingung: si voluerit habere legatum. Desshalb gibt ihr die Delation die alternative Befugniss, das Vermächtniss anzunehmen oder auszuschlagen[4]. Diese Befugniss ist als eine blosse facultas acquirendi noch kein Vermögensrecht. Gleichwohl ist die Delation, wie bei andern Vermächtnissen, vererblich, wenn vererbliche Rechte vermacht sind[5], also wenn die Wittwe nicht bloss eine Forderung auf den Niess-

[1] L. 2, § 1, D. fam. herc. (10, 2): «Si quarta ad aliquem ex Constitutione Divi Pii arrogatum deferatur.»

[2] Gegen die herrschende Lehre, nach welcher bei Vermächtnissen keine Delation, sondern sofort die Acquisition eintritt, vergl. Kœppen, in Jhering's Jahrb. f. Dogm., Bd. 5, S. 190 fg., und jetzt auch Jhering, ebenda, Bd. 10, S. 479.

[3] L. 45, § 1, D. de legat. (31).

[4] L. 15, D. de reb. dub. (34, 5): «....deliberante legatario eam rem heres alii tradiderit; nam si quidem voluerit legatarius habere legatum, traditio nulla est, si vero repudiaverit, valet.»

[5] L. 2, 3, D. quando dies leg. (36, 2).

brauch hat[1]. Aber die Gläubiger der Wittwe haben an der deferirten Forderung kein Recht; sie können weder die Agnition erzwingen, noch die Repudiation des Vermächtnisses als eine alienatio in fraudem creditorum anfechten[2]. In die bona der Wittwe, welche allein den Gläubigern für ihre Befriedigung haften, kommt die Forderung erst durch die Agnition, jetzt aber rückwärts ex tempore mortis defuncti, weil die Erfüllung der Bedingung hier wie sonst rückwirkende Kraft hat[3]. Mit diesem definitiven Erwerb der Forderung verbindet sich zugleich ipso jure der definitive Erwerb der vermachten Rechte: die Wittwe succedirt in die erbschaftlichen Activa zu der ihr gebührenden Quote, oder sie erhält an ihnen zu dieser Quote den ususfructus. Auch dieser Erwerb der vermachten Rechte tritt, wie bei andern Vermächtnissen nach der Intention des Erblassers, so hier nach dem Willen des Gesetzgebers, rückwärts ein, aber nicht ex tempore mortis defuncti, sondern

[1] Arg. l. 1, § 21, D. de collat. (37, 6): « Quæstio in eo est, an heredi suo relinquat quartæ actionem, an non; et magis est, ut ad heredem transferat, quia personalis actio est. » Vergl. l. 5 pr., D. quando dies leg. (36, 2).

[2] L. 6 pr., D. quæ in fraudem credit. (42, 8): « Quod autem, quum possit aliquid quærere, non id agit, ut acquirat, ad hoc Edictum non pertinet; pertinet enim Edictum ad deminuentes patrimonium suum, non ad eos, qui id agunt, ne locupletentur. »

§ 4: « Sed et illud probandum, si legatum repudiavit, cessare Edictum; quod Julianus quoque scribit. » Vergl. l. 67, § 1, D. ad S. C. Trebell. (36, 1); l. 6, § 2, D. quæ in fraudem credit. (42, 8).

[3] L. 1, § 6, D. si quid in fraudem patr. (38, 5): « .....quamvis enim legatum retro nostrum sit, nisi repudietur, attamen quum repudiatur, retro nostrum non fuisse palam est. »

ex die aditæ hereditatis: die vermachten Rechte sollen unter der Bedingung, dass das Vermächtniss agnoscirt wird, vom Erbschaftsantritt an recta via in das Vermögen des Legatars kommen[1], sub conditione contraria aber in das Vermögen des Erben; desshalb muss die Agnition wie die Repudiation auf den Tag des Erbschaftsantritts zurückgezogen werden[2]. Durch diesen gleichzeitigen definitiven Erwerb der Vermächtnissforderung und der vermachten Rechte wird der Wittwe, wie jedem andern Legatar, die Verfolgung ihres Vermächtnisses auf doppeltem Wege ermöglicht[3]: sie kann nach ihrer Wahl die Klagen aus den vermachten Rechten anstellen, oder die actio personalis aus der Vermächtnissforderung gegen die Erben[4].

Damit die Delation des Vermächtnisses mit diesen Wirkungen für die Wittwe eintreten kann, müssen die oben (§ 1-3) erörterten drei Voraussetzungen zur Zeit des Todes des Mannes existiren. Die Fortdauer der Delation ist aber von der Fortdauer dieser Voraussetzungen nicht abhängig: durch später eintretende Wohlhabenheit der Wittwe[5], oder durch

[1] L. 80, D. de legat. (31): « .....si legatarius non repudiavit defuncti voluntatem, recta via dominium, quod hereditatis fuit, ad legatarium transeat, nunquam factum heredis. »

[2] L. 44, § 1, D. de legat. (30): « .....ubi legatarius non repudiavit, retro ipsius fuisse videtur, ex quo hereditas adita est; si vero repudiaverit, retro videtur res repudiata fuisse heredis. »

[3] Vergl. l. 76, § 8, D. de legat. (31).

[4] § 2, J. de legat. (2, 20); l. 1, 2, C. comm. de leg. (6, 43).

[5] Stryk, a. a. O., § 24. Dum tempore mortis dives fuit, quartam amisit.

eine spätere Minderung der Erbschaft welche nachträglich die Wohlhabenheit des Mannes aufhebt, geht die Delation nicht wieder unter, weil sie nicht unter dieser Resolutivbedingung erfolgt. Nur die Erbfähigkeit der Wittwe muss nach römischem Recht bis zur Agnition ununterbrochen fortdauern; Erbunfähigkeit vor der Agnition hebt die Delation auf[1]. Dagegen wegen Indignität kann ihr weder das deferirte noch das acquirirte Vermächtniss entzogen werden. Da die Unwürdigkeit dem Mann kein Recht gibt, seiner Frau den Anspruch zu entziehen, ohne sich zu scheiden, so darf sie auch für den Fiscus nicht das Recht der Ereption begründen; es wäre widersinnig, wenn der Niessbrauch der Wittwe trotz ihrer Unwürdigkeit deferirt werden sollte, damit der Fiscus ihn sich auf Kosten der Kinder aneignet. Nach heutigem Recht kann die Delation auch durch Verlust der Erbfähigkeit nicht mehr untergehen; die beiden Gründe, aus welchen diess nach römischem Recht möglich war[2], haben bei uns ihre Geltung durch desuetudo verloren.

Die Todeszeit des Mannes, welche über die Delation des Vermächtnisses entscheidet, entscheidet auch über den Gegenstand der Delation. Nach den Personen welche zu dieser Zeit zur Erbschaft des Mannes berufen werden, bestimmt es sich, welche Quote,

1 Vgl. l. 1, § 4, D. ad S. C. Tert. (38, 17).

2 Verletzung des Trauerjahrs durch Eingehung einer neuen Ehe oder ausserehelicher Schwangerschaft, l. 1, C. de sec. nupt. (5, 9), Nov. 39 c. 2, und Wiederverheirathung, bevor sie an ihrer Stelle für ihre Kinder einen andern Vormund erbeten und diesem das Vermögen derselben ausgehändigt hat, Nov. 22 c. 40, Nov. 94 c. 2.

und ob der ususfructus oder das dominium der Wittwe deferirt wird. Ist sie beim Tode des Erblassers schwanger, so wird eine Drillingsgeburt als möglich angenommen und darnach provisorisch die Quote berechnet[1]. Wird von den zunächst berufenen Erben die Erbschaft nicht erworben, sondern andern Personen deferirt, so bewirkt die neue Delation der Erbschaft auch eine neue Delation des Vermächtnisses an die Wittwe, so dass erst mit dem Erwerb der Erbschaft definitiv feststeht, welche Quote sie bekommt, und ob sie an derselben den Niessbrauch oder das Eigenthum erwirbt. Wenn z. B. ihre vier Kinder die väterliche Erbschaft repudiiren und Ascendenten oder Seitenverwandte des Mannes sie antreten, so wird jetzt der Wittwe, statt eines Kindestheils und statt des Niessbrauchs, die Quart und das Eigenthum an derselben deferirt. Und ebenso erhält sie das Eigenthum und eventuell die Quart durch Accrescenz, wenn von den berufenen Kindern ihre Stiefkinder die Erbschaft antreten, ihre eigenen aber repudiiren. Wenn Justinian in der Nov. 117 c. 5 sagt: die Wittwe soll, wenn liberi ad paternam hereditatem vocantur, die Quart haben, si quidem maritus usque ad tres liberos habeat, bloss einen Kindestheil, si plures sint liberi, so kann er verständiger Weise durch das vocare nur eine Berufung bezeichnen wollen, die den Erwerb der Erbschaft zur Folge hat.

Kommt die Erbschaft an eigene Kinder der Frau und an Stiefkinder, so erhalten jene nach Nov. 117

[1] L. 3, 4, D. si pars hered. (5, 4).

c. 5 neben ihrem Erbtheil auch pro rata das Eigenthum an der ihrer Mutter zufallenden Quote: mulier solum usum fructum habeat, dominium vero liberis illis servetur, quos ex eo matrimonio habuit. Auf den ersten Blick scheint die Ausschliessung der Stiefkinder von diesem Eigenthumserwerb der Gerechtigkeit nicht zu entsprechen, weil die Kinder aus der früheren und aus der letzten Ehe dem Erblasser gleich nahe stehen[1]. Manche Juristen wollen desshalb auch die Stiefkinder an diesem Erwerb pro rata Theil nehmen lassen[2], und rechtfertigen diess durch die Behauptung, die citirten Worte seien nur auf den Fall zu beziehen, wo bloss eigene Kinder mit der Wittwe concurriren; von dem Fall, wo eigene und Stiefkinder mit ihr zusammentreffen, sei in der Novelle gar nicht die Rede, weil Justinian an ihn überhaupt nicht gedacht habe. Andere Juristen, die diess gleichfalls annehmen, wollen zu Gunsten der Wittwe unterscheiden zwischen dem Theil, den sie ihren Stiefkindern, und dem, den sie ihren eigenen Kindern entzieht: jenen soll sie zu vollem Eigenthum, diesen bloss zum Niessbrauch haben[3]. Beide Ansichten beruhen auf einer falschen

[1] v. Vangerow, Pand., § 488, S. 307, macht desshalb wegen dieser Vorschrift dem Kaiser Justinian den Vorwurf grosser Inconsequenz; auch Windscheid, Pand., § 574, Note 9, hält sie nicht für sachgemäss.

[2] v. Löhr, in seinem Magaz., III, S. 375 fg.

[3] Leyser, Med. ad Pand. Spec. 424, med. 9; J. H. Böhmer, Consult., Tom III, pars 3, resp. 629, quæst. 3; Koch, Bonor. poss., p. 485; Schirmer, Erbrecht, S. 239 in der Note. Auch nach Windscheid's Ansicht (a. a. O.) würde diess die sachgemässe Entscheidung sein, aber er gibt zu, dass die Nov. 117 c. 5, diese Entscheidung nicht getroffen hat.

Voraussetzung. Dass Justinian die citirten Worte auch auf den hier in Frage stehenden Fall bezogen wissen wollte, kann nach dem ihnen voraufgehenden Satz: si quidem maritus ejus usque ad tres liberos vel ex ipsa vel ex alio matrimonio habeat, nicht in Abrede gestellt werden. Wenn er den eigenen Kindern einen Vorzug vor den Stiefkindern gab, so leitete ihn dabei folgende Erwägung: die Grösse des der Wittwe gebührenden Pflichttheils muss sich nach der Zahl der Kinder bestimmen welche mit ihr concurriren, ohne Unterschied zwischen eigenen und Stiefkindern, weil auf die Liebe des Erblassers beide einen gleichen Anspruch haben; dagegen für das Recht der Wittwe an dem Pflichttheil, muss ihr Verhältniss zu den Kindern massgebend sein. Wenn bloss Stiefkinder mit ihr zusammentreffen, so muss sie, wie neben Ascendenten oder Collateralen des Mannes, ihre Quote frei von jeder Verpflichtung gegen dieselben erhalten, einerseits weil sie ihnen gegenüber Unabhängigkeit beanspruchen darf, andererseits weil ihre Beschränkung auf den ususfructus zu Gunsten der Stiefkinder, diesen der Sache nach neben ihrem Erbrecht gegen die rechte Mutter auch noch einen Erbanspruch gegen die Stiefmutter geben würde: das der Stiefmutter aus dem Nachlass ihres Mannes gebührende Vermögen würde den Stiefkindern in Form des vorbehaltenen Eigenthums als ein unentziehbarer Pflichttheil zugewandt werden. Anders verhält es sich, wenn die Wittwe mit eigenen Kindern concurrirt, mögen diese allein oder mögen neben ihnen

noch Stiefkinder zur Erbschaft des Vaters berufen sein. Die eigenen Kinder haben den sittlichen Anspruch, dass ihre Mutter das wegen Armuth von ihrem Vater ererbte Vermögen ausschliesslich ihnen mortis causa zuwendet, dass sie an demselben nicht ihre Kinder aus einer neuen Ehe oder Verwandte aus ihrer eigenen Familie participiren lässt. Desshalb erscheint es den eigenen Kindern gegenüber gerechtfertigt, ihnen dieses Vermögen auf den Todesfall der Mutter durch Vorbehalt des Eigenthums zu sichern, da die Liebe der Kinder zur rechten Mutter eine Garantie dafür bietet, dass ihr die Verpflichtungen, welche der ususfructus mit sich bringt, nicht fühlbar werden.

Manche Juristen haben die Ansicht aufgestellt, die Mutter habe auch neben eigenen Kindern niemals den blossen ususfructus; sie erwerbe vielmehr stets das Eigenthum an ihrer Quote, nur mit der Einschränkung, dass sie es nicht verpfänden und veräusseren dürfe, sondern ihren Kindern aufbewahren und hinterlassen müsse, aber nach ihrem Gefallen bloss einem Kinde, oder mehreren, oder allen[1]. Diese irrthümliche Theorie stützt sich auf eine Stelle, welche von der Ehescheidungsstrafe handelt, und nimmt an, dass die in derselben ent-

[1] Vgl. v. Löhr, Magaz., III, S. 377 (er hat aber später im Arch. f. civil. Praxis, Bd. 22, S. 1 fg., seine ursprüngliche Meinung aufgegeben und sich für die herrschende Ansicht erklärt); Glück, a. a. O., S. 455 fg.; Göschen, Pand., § 931, u. A.; vgl. v. Vangerow, a. a. O., § 488, sub 4. — Gegen die von Buchholtz in der Allg. Hall. Literaturzeit., 1839, Bd. 4, S. 429, aufgestellte Ansicht, die Wittwe habe nicht den ususfructus, sondern den blossen usus, vgl. Schirmer, a. a. O., S. 238 in der Note.

haltene Vorschrift von Justinian auf die arme Wittwe ausgedehnt sei. Die Stelle ist die nachfolgende Constitution von Theodosius und Valentinian, aus dem Jahre 449:

L. 8, § 7, C. de repud (5, 17):

«Si vero filio seu filiis, filia seu filiabus exstantibus repudium missum est, omne quidquid ex nuptiis lucratum est, filio seu filiis, filiæ seu filiabus post mortem accipientis servari, id est, si pater temere repudium miserit, donationem ante nuptias a matre servari, si mater, dotem ipsam eidem vel eisdem filio seu filiæ patre moriente dimitti censemus; patri videlicet seu matri in scribendis filiis heredibus, si unum seu unam vel omnes scribere vel uni ex his donare velit, electione servata. Nec ullam alienandi seu supponendi memoratas res permittimus facultatem; sed si aliquid ex iisdem rebus defuerit, ab heredibus seu earum detentatoribus, si tamen non ipsos heredes scripserit, aut scripti filii non adierint, resarciri præcipimus.»

Dieses Gesetz unterwirft die in Folge der Scheidung in das Eigenthum der Frau resp. des Mannes kommende Dos und Eheschenkung zu Gunsten der Kinder einem Veräusserungsverbot, mit der Wirkung dass die Kinder nach Auflösung der Ehe wegen der veräusserten Sachen gegen die Erben oder gegen die Besitzer einen obligatorischen Ersatzanspruch haben. Dabei soll aber dem Vater wie der Mutter die freie Entschliessung darüber verbleiben, wen von ihren Kindern sie mit diesen Vermögensstücken auf ihren Todesfall bedenken wollen.

Im Jahre 533 übertrug Justinian dieses Veräusserungsverbot unter denselben Voraussetzungen und mit denselben Wirkungen auch auf den Fall wo wegen mangelnder Dos und Eheschenkung der an der Scheidung schuldige Theil den vierten Theil seines reinen Activvermögens an den anderen Ehegatten verliert.

L. 11, § 1, C. de repud. (5, 17):

«....Hoc lucro quartæ partis, filiis quidem non exstantibus, ipsi viro et muliere competente, et ab his, quo modo voluerint, disponendo, filiis autem eis servando ad similitudinem dotis et propter nuptias donationis per omnia quæ super his statuta sunt.»

An dieses Gesetz schlossen sich im Jahre 536 die Novelle 22 c. 18 welche nur den Inhalt der l. 8 und 11 cit. wiederholt, und im Jahre 537 die Nov. 53 c. 6 welche die Quart der armen Wittwe einführte und in allen Beziehungen unter die Vorschriften über die Entscheidungsstrafe stellte, insbesondere auch unter das für diese verordnete Veräusserungsgebot zu Gunsten der Kinder und das Verfügungsrecht auf den Todesfall:

Nov. 53, c. 6. «Scilicet omnibus secundum instar illius nostræ constitutionis, quæ quartam decernit eis, etiam hic servandis similiter quidem in viris, similiter autem in mulieribus.»

Eine wesentliche Aenderung erfuhr das bisherige Recht durch die Nov. 98 c. 2 vom Jahre 539. Um den Kindern eine grössere Sicherheit zu gewähren, als sie durch den obligatorischen Ersatzanspruch auf Grund des Veräusserungsverbots hatten,

hob dieses Gesetz bei der Ehescheidung für die dos und donatio propter nuptias jenes Verbot und das mit ihm verbundene Verfügungsrecht auf den Todesfall durch die Bestimmung auf, es solle der unschuldige Theil nur den Niessbrauch an diesen Vermögensstücken erhalten, das Eigenthum aber sofort an die Kinder kommen:

Nov. 98 c. 2: «....proprietatis lucrum mox ad communes veniat filios, et eorum fiat, usu solo apud transigentes manente, hoc similiter servari filiis, proprietate quidem mox veniente ad eos, usu vero solo apud lucrantes constituto.»

Auf den Fall, wo die Ehescheidungsstrafe in der quarta pars puræ substantiæ bestand, und auf die Quart der armen Wittwe, bezieht sich die Nov. 98 nicht; hier liess sie noch das alte Recht stehen:

Nov. 98 c. 2: «Nihil eorum innovamus, præter illa sola, quæ expressim in hac lege scripsimus.»

Erst in der Nov. 117 c. 5 erstreckte Justinian die neue Bestimmung auch auf diese beiden Fälle:

Nov. 117 c. 5: ...in utroque casu sancimus, ut liberi ex illis matrimoniis... paternam ad hereditatem vocentur, uxor autem in utroque hoc casu, si quidem maritus ejus usque ad tres liberos.... habeat, quartam partem substantiæ viri capiat; si vero plures sint liberi, in utroque similiter casu tantum mulierem accipere volumus, quantum uni ex liberis competit.... ita scilicet ut in illis rebus mulier solum usumfructum habeat, dominium autem liberis illis servetur, quos ex eo matrimonio habuit.»

Aus diesem Gang der Gesetzgebung ergibt sich, dass das in der L. 8 und 11 cit. für die empfangene Ehescheidungsstrafe eingeführte Veräusserungsverbot und das darin dem Manne wie der Frau vorbehaltene Verfügungsrecht auf den Todesfall in der Nov. 53 für die Quart der armen Wittwe adoptirt wurde, dass aber dieser Inhalt der Nov. 53 nicht, wie die Vertreter der oben erwähnten Ansicht annehmen, in der Nov. 117 c. 5 wiederholt ist. Sie übersehen die Nov. 98 c. 2 und ihren Zusammenhang mit Nov. 117. Desshalb glauben sie die Worte dominium autem liberis illis servetur in Nov. 117 c. 5 von einer Aufbewahrungspflicht verstehen zu müssen, wie sie nach dem früheren Recht durch das Veräusserungsverbot begründet wurde. Nach der Nov. 98 c. 2 steht aber fest, dass dieses servare durch die Beschränkung der Wittwe auf den ususfructus bewirkt wird: «hoc servari filiis, proprietate quidem mox veniente ad eos, usu vero solo apud lucrantes constituto.»

Hiermit ist der Inhalt, welchen das Recht der armen Wittwe hat, bestimmt. Es ist festgestellt, dass sie auf Grund ihres gesetzlichen Anspruchs stets nur als Vermächtnissnehmerin an der Beerbung des Mannes Theil nehmen kann. Der Gegenstand ihres Rechtes schliesst ein Erbrecht für sie aus. Auf eine Quote der erbschaftlichen Activa nach Abzug der Schulden kann man ebensowenig Erbe sein, wie auf den ususfructus an einer solchen Quote. Die Erbfolge setzt die gleichmässige Succession in die Activa und Passiva des Nachlasses voraus.

Wenn es immer noch Juristen gibt[1], welche behaupten, dass die Wittwe die ihr gebührende Quote als Erbin erhalte, und ihr demgemäss einerseits die hereditatis petitio und beim Wegfall eines Miterben das Accrescenzrecht bis zum Betrage ihrer Quote geben, andererseits ihr Recht durch ihren Tod während der Delation untergehen lassen, so ist das um so auffallender, als die Analogie der Quarta Divi Pii so nahe liegt und der Wortlaut der Nov. 117 c. 5 für die Annahme eines Erbrechts keinen Anhalt bietet. Sie weisst vielmehr sehr deutlich darauf hin, dass die Wittwe nicht eine Quote der hereditas, sondern, wie bei der Ehescheidung, nur eine pars purae substantiæ erhalten soll: liberi... ad paternam hereditatem vocentur, uxor autem in utroque casu... quartam partem substantiæ viri capiat. Man hat sich denn auch für das Erbrecht der Wittwe nicht auf die Nov. 117, sondern auf folgenden Passus der Nov. 53 c. 6 § 1, berufen:

«Si vero quasdam res proprias mulier in domo viri aut alibi repositas habuit, harum actionem et retentionem habeat omnibus modis imminutam, subjacere hujusmodi rebus viri creditoribus nullo modo valentibus, nisi forte secundum quod in illius jure ex hac lege heres exstiterit[2].»

[1] Vgl. Glück, a. a. O., S. 465; Francké, Recht der Notherben, S. 481 fg.; Arndts, Pand., § 481; Schirmer, a. a. O, S. 240, Note 15; Seuffert, Arch., Bd. 15, Nr. 231, Anm. 1.

[2] Εἰ μέντοι τινὰ ἴδια ἡ γυνὴ πράγματα κατὰ τὴν οἰκίαν τοῦ ἀνδρὸς ἢ ἀλλαχόσε ἀποκείμενα ἔχοι, τούτων τὴν εἴσπραξιν καὶ παρακατασχεσιν ἐχέτω πᾶσι τρόποις ἀμείωτον, ὑποκεῖσθαι τοιούτων πραγμάτων τοῖς τοῦ ἀνδρὸς δανείσμασι κατ' οὐδὲν δυναμένων, πλὴν εἰ μὴ καθ' ὅσον τῶν ἐκείνου δικαίων ἐκ τοῦδε τοῦ νόμου συγκληρονομεῖ.

Nach dem Zusammenhang in welchem dieser § 1 mit dem voraufgehenden principium steht, spricht Justinian von einer mulier, die das Recht der armen Wittwe hat, und sagt von ihr, dass ihre eigenen Sachen für die Erbschaftsschulden des Mannes nicht haften, ausgenommen wenn sie ex hac lege Erbin des Mannes geworden sei. Diese Schlussworte legt man dahin aus: Justinian gebe durch sein Gesetz der Wittwe ihre Quote als Erbin. Bei dieser Interpretation ist ausser Acht gelassen, dass nach ihr die Schlussworte einen Widerspruch in die Stelle bringen würden: zuerst hätte Justinian gesagt, dass durch das gesetzliche Recht der armen Wittwe ihre Sachen den Erbschaftsgläubigern nicht haftbar werden, und damit implicite, dass es kein Erbrecht ist, aus welchem sie mit ihrem eigenen Vermögen für die Schulden des Erblassers einzustehen hat, am Schluss hätte er aber das Gegentheil gesagt. Andere Juristen, die das Erbrecht verneinen, finden in dem Schlusssatz den Gedanken ausgedrückt: soweit die Wittwe aus diesem Gesetz eine Quote der Erbschaft erhält, muss sie auch die Schulden des Mannes bezahlen, d. h. bis zum Betrage dieser Quote muss sie für die Schulden des Mannes aufkommen; mit ihrem eigenen Vermögen haftet sie aber nicht, desshalb ist sie nicht eigentliche Erbin [1]. Auch diese Auslegung steht mit den Worten des Gesetzes nicht in Einklang. Dieselben behandeln nur die Frage, wann die eigenen Sachen der Frau von den Erbschaftsgläu-

[1] Vgl. v. Vangerow, a. a. O., S. 307; Windscheid, a. a. O., § 574, Note 10, a. E.

bigern für ihre Befriedigung in Anspruch genommen werden können, und beantworten dieselbe dahin: niemals, ausgenommen wenn der Mann, um seinen Verpflichtungen aus der Novelle nachzukommen, die Frau zur Erbin eingesetzt hat. Nur wenn man übersieht, dass das Pflichttheilsrecht der armen Wittwe nicht eine Quote der hereditas, sondern der pura substantia zum Gegenstande hat, kann man die Worte: «nisi forte secundum quod in illius jure ex hac lege heres exstiterit,» auf das Pflichttheilsrecht selbst beziehen; sonst lassen sie sich nur von einer Erbeinsetzung der Frau verstehen, die der Mann macht, um dem Gezetz zu genügen. Bei dieser Zuwendung des Pflichttheils durch den Mann bestimmen sich die Wirkungen derselben lediglich nach ihrer Form; das gesetzliche Pflichttheilsrecht beeinflusst dieselben nicht, selbst dann nicht, wenn es durch die Zuwendung nicht aufgehoben wird, weil der Pflichtheil nicht vollständig hinterlassen ist. Neben dem Anspruch auf Ergänzung gegen die Miterben besteht die aus der Erbeinsetzung fliessende Verbindlichkeit der Wittwe, für die Erbschaftsschulden mit ihrem eigenen geringfügigen Vermögen zu haften.

Dritter Abschnitt.

DER SCHUTZ.

I. Klage aus der Vermächtnissforderung.

§ 6.

Die bisherige Ausführung enthält den Nachweis, dass das Recht der armen Wittwe dieselbe juristische Natur hat, sie mag durch das Testament des Mannes, oder durch seine näheren Intestaterben von dem Nachlass ausgeschlossen werden. Die Verletzung ihres Pflichttheilsrechts durch ihre Uebergehung im Testament wandelt dasselbe nicht in ein durch die querela inofficiosi testamenti verfolgbares Intestaterbrecht um. Sie hat gegen die Testamentserben wie gegen die Intestatserben stets nur eine Forderung, entweder auf ihre volle Quote, weil ihr nichts hinterlassen ist, oder auf den fehlenden Theil. Diese Forderung ist als eine Vermächtnissforderung gesichert durch ein gesetzliches Pfandrecht an Allem, was die Erben aus der Erbschaft erhalten[1], und theilt sich unter die Erben nach ihren Erbtheilen: denn wo es an einer anderweitigen Bestimmung fehlt, sind die Onerirten für ein Vermächtniss die sämmtlichen Erben pro portionibus hereditariis[2]. Die Wittwe hat desshalb gegen jeden Erben eine actio in personam

[1] L. 2, C. comm. de leg. (6, 43).

[2] L. 33 pr., D. de legat. (31).

auf Gewährung des Eigenthums oder des usufructus an der von seinem Erbtheil geschuldeten Quote der erbschaftlichen Activa nach Abzug der Passiva[1]. Das römische Recht gibt aber bei der Schwierigkeit, einem Legatar in dieser Weise sein Recht an den Bestandtheilen der Erbschaft selbst einzuräumen, den Erben die Wahl, ob sie diess thun, oder ob sie die Aestimation leisten wollen; diese Wahl haben sie, es mag eine pars bonorum[2] oder der usufructus an einer pars bonorum[3] vermacht sein. Dagegen steht ihnen, weil es sich hier um das Vermächtniss eines Pflichttheils handelt, kein Recht auf den Abzug der Quarta Falcidia zu[4], und ebensowenig haben sie einen Anspruch auf cautio usufructuaria durch Bürgen, wenn die Wittwe diese wegen ihrer Armuth nicht zu leisten vermag; sie müssen sich

[1] L. 43, D. de usu et usufr. (33, 2): « Nihil interest, utrum bonorum quis, an rerum tertiæ partis usumfructum legaverit; nam si bonorum ususfructus legabitur, etiam æs alienum ex bonis deducetur, et quod in actionibus erit, computabitur. »

[2] L. 26, § 2, D. de legatis (30): « Quum bonorum parte legata dubium sit, utrum rerum partes, an æstimatio debeatur, Sabinus quidem et Cassius æstimationem, Proculus et Nerva rerum partes esse legatas existimaverunt. Sed oportet heredi succurri, ut ipse eligat, sive rerum partes, sive æstimationem dare malucrit. In his tamen rebus partem dare heres conceditur, quæ sine damno dividi possunt; sin autem vel naturaliter indivisæ sint, vel sine damno divisio earum fieri non potest, æstimatio ab herede omnimodo præstanda est. »

[3] L. 32, § 8, D. de usu et usufr. (33, 2): « Usumfructum tertiæ partis bonorum suorum uni ex heredibus legaverat; quæsitum est, an pecuniæ quæ ex rebus divisis secundum æstimationem effecta est, tertia præstanda sit. Respondit, heredis esse electionem, utrum rerum, an æstimationis usumfructum præstare velit. »

[4] L. 87, § 4, D. de legat. (31); l. 36 pr., C. de inoff. test. (3, 28).

mit einer juratorischen Caution begnügen, die das römische Recht auch in andern Fällen der satisdatio substituirt, wo der Cautionspflichtige diese nicht bestellen kann[1].

Diese Grundsätze kommen natürlich auch auf das Vermächtniss zur Anwendung, durch welches der Mann seiner Wittwe die ihr gebührende Quote hinterlässt, also wenn er anordnet, dass sie die Quart oder einen Kindestheil von seinem reinen Activvermögen erhalten soll. Eine Verschiedenheit zwischen diesem testamento und dem lege deferirten Vermächtniss besteht nur hinsichtlich der Begründung der Vermächtnissklage: diese fordert, wenn sie auf Grund des Gesetzes von der Wittwe aufgestellt wird, den Nachweiss der Voraussetzungen, von welchen der Pflichttheil abhängig gemacht ist (Wohlhabenheit des Mannes, Armuth der Frau), und die Erben können sich daher durch die Verneinung dieser Voraussetzungen gegen die Klage vertheidigen; der actio ex testamento gegenüber kommen sie überhaupt nicht in Frage.

Hat der Mann seiner Wittwe den schuldigen Betrag durch das Vermächtniss einer bestimmten Sache zugewandt, so ist dieses selbstverständlich nach den gewöhnlichen Principien zu beurtheilen. Nur die besonderen Vorschriften für das Vermächtniss eines Pflichttheils treten auch hier in Geltung: die Erben haben kein Recht auf die Quarta Falcidia und haften für Eviction[2].

[1] Vgl. l. 6, § 1, C. de sec. nupt. (5, 9); Nov. 22 c. 44, § 5, 7; l. 5, § 2, 5, D. de carbon. edicto (37, 10). Seuffert, Arch., XXIV, 301.

[2] Arg. l. 36 pr., D. de inoff. testam. (3, 28).

II. Klagen aus den vermachten Rechten.

§ 7.

Neben der actio in personam aus der Vermächtnissforderung stehen der Wittwe auch die Klagen aus den vermachten Erbschaftsrechten zu, da ihr diese durch die Agnition ipso jure zu der gesetzlichen Quote zufallen, zum Eigenthum oder zum Niessbrauch. Im ersten Fall werden alle dingliche Erbschaftsrechte, Eigenthum, Emphyteusis und Superficies, zwischen ihr und den Erben gemeinschaftlich, und die Erbschaftsforderungen sind ipso jure zwischen ihnen getheilt. Im zweiten Fall ist ihr Niessbrauch an den nicht verzehrbaren Sachen, an der Emphyteusis und an der Superficies ein verus ususfructus, an den Consumtibilien aber und an den Erbschaftsforderungen ein quasi ususfructus, der ihr condominium bezw. eine selbständige Theilforderung gibt, mit der Verpflichtung tantumdem in genere zu restituiren[1].

In beiden Fällen verbindet sich aber mit dem Erwerb, in gleicher Weise wie bei der donatio omnium bonorum[2], die Verpflichtung der Wittwe, sich die auf dem Erwerb lastende Schuldenquote von den Erben in Abzug bringen zu lassen, weil sie nur auf eine pars puræ substantiæ Anspruch hat; die Erben können desshalb gegen die Wittwe klagen, dass sie

[1] L. 2, l. 5, § 1, l. 7, D. de usufr. ear. rer. (7, 5); l. 3, 4, D. eod.; l. 24, D. de usu et usufr. (33, 2).

[2] L. 72 pr., D. de jure dot. (23, 3); l. 15, 22, C. de donat. (8, 54).

von den erworbenen Antheilen an den Activen soviel herausgibt, als zur Tilgung der Schuldenquote erforderlich ist, oder sie können auch, wenn sie im Besitz der Erbschaft sind, durch Retention die Wittwe von der Nutzung der Erbschaftssachen ausschliessen, bis diess geschehen ist[1].

Der Erwerb der vermachten Rechte begründet hiernach eine communio der Activa zwischen der Wittwe und den Erben, welche sie bei der ihr obliegenden Haftung für die Schulden in ein einer Miterbin analoges Verhältniss bringt. Desshalb hat sie, wie der arrogatus impubes, der sich in derselben rechtlichen Lage befindet, auch eine actio familiæ herciscundæ utilis, zu dem Zweck, sich durch eine Theilung, die den Abzug der Schulden in sich schliesst, mit den Erben vollständig auseinander zu setzen:

L. 2, § 1, D. fam. herc. (10, 2):

«Si quarta ad aliquem ex Constitutione Divi Pii arrogatum deferatur, quia hic neque heres, neque bonorum possessor fit, utile erit familiæ herciscundae judicium necessarium.»

III. Klagen wegen doloser Veräusserungen.

§ 8.

Nach Analogie des arrogatus impubes ist die gesetzliche Quote der armen Wittwe nur eine Quote von dem Vermögen des Mannes zur Zeit seines Todes. Ihr Pflichttheilsrecht beschränkt desshalb die

[1] Vgl. v. Savigny, System, Bd. IV, S. 137 fg.

Veräusserungsbefugniss des Mannes inter vivos nicht[1]. Dieser Grundsatz erleidet aber eine Ausnahme, wenn der Mann betrügerischer Weise Veräusserungen vornimmt, um bei seinem Tode die Quote für seine Wittwe zu verkürzen. Hier kann sie, wie der arrogatus impubes, nach dem Vorbilde des pflichttheilsberechtigten Patrons[2], wenn der Mann intestatus verstorben ist, mit der actio Calvisiana, wenn testatus, mit der actio Faviana als actio utilis die ihr nachtheiligen Veräusserungen bis zum Betrage ihrer Quote rescindiren:

L. 13, D. si quid in fraud. patr. (38, 5):

«Constitutione Divi Pii cavetur de impubere adoptando, ut ex bonis, quæ mortis tempore illius, qui adoptavit, fuerunt, pars quarta ad eum pertineat, qui adoptatus est; sed et bona ei, quæ acquisiit patri, restitui jussit; si causa cognita emancipatus fuerit, quartam perdit. Si quid itaque in fraudem ejus alienatum fuerit, quasi per Calvisianam vel Favianam actionem revocandum est.»

L. 1, § 11, D. eod.:

«Si pluribus in fraudem libertus donaverit, vel pluribus mortis causa, æqualiter patronus adversus omnes in partem sibi debitam sive Faviana sive Calvisiana experietur.»

L. 1, C. si quid in fraudem patr. (6, 5):

«Si in fraudem patroni libertus aliquid alienaverit,

[1] L. 2, D. si a par. quis manum. (37, 12): «.....iniquum est, ingenuis hominibus non esse liberam rerum suarum alienationem.»

[2] Vgl. Gaius, III, 41-53, § 3, J. de succ. libert. (3, 7); l. 4, C. de bon. libert. (6, 4); l. 3, § 2, 3, D. si quid in fraud. patr. (38, 5).

quatenus legitima pars deminuta est, revocandi tributam convenit esse potestatem.»

L. 3, § 20, D. de bon. libert. (38, 2):

«Debitam autem partem eorum, quæ, quum moritur, libertus habuit, patrono damus; mortis enim tempus spectamus. Sed etsi dolo malo fecit, quominus haberet, hoc quoque voluit Prætor pro eo haberi, atque si in bonis esset.»

Die Erhebung der actio Faviana setzt einerseits voraus, dass der Wittwe die ihr vom Nachlass des Mannes und von dem, was er dolo veräussert hat, gebührende Quote im Testament desselben nicht hinterlassen ist, andererseits dass sie den Pflichttheil auch nicht durch Anstellung der gesetzlichen Vermächtnissklage von den Erben erhalten kann, weil z. B. der Mann soviel veräussert hat, dass schon im Augenblick der Schenkung die debita pars nicht in seinem Vermögen zurückblieb, oder weil die Erben auch pflichttheilsberechtigt sind und nach Abzug ihrer portio legitima der Nachlass nicht mehr zur Ergänzung des der Wittwe zukommenden Pflichttheils ausreicht. Ueberall wo sie mit der Vermächtnissklage ihre Befriedigung durchsetzen kann, hat sie die actio Faviana nicht, weil der Pflichttheil an erster Stelle von den Personen geleistet werden muss, denen das Vermögen erst mortis causa zugewandt werden soll, nicht von denen, an welche es schon inter vivos übertragen ist; aus diesem Grunde stand auch dem Patron die Faviana erst dann zu, wenn er sich durch die bonorum possessio contra tabulas nicht den vollen Betrag seines Pflichttheils

verschaffen konnte[1]. Dagegen die Annahme des unvollständig hinterlassenen Pflichttheils entzieht der Wittwe die actio Faviana nicht, weil sie hier den Charakter der actio suppletoria hat, die der Notherbe auch nicht durch Annahme des Hinterlassenen verliert[2]. Wenn der auf die debita pars instituirte Patron die actio Faviana einbüsste, falls er in Unkenntniss der fraudulösen Veräusserungen des libertus die Erbschaft antrat, statt die b. p. contra tabulas nachzusuchen, so hatte das seinen Grund in dem in der hereditatis aditio liegenden Verzicht auf die Anfechtung des Testaments durch die b. p. contra tabulas.

Die actio Calvisiana ist für die Wittwe begründet, wenn sie von den Intestaterben des Mannes den vollen ihr auch von dem dolo Veräusserten zustehenden Pflichttheil durch die gesetzliche Vermächtnissklage nicht einfordern kann, weil die Erbschaft dazu nicht hinreicht[3].

Im übrigen gelten für beide Klagen gleiche Grundsätze. Beide sind actiones in personam[4] und

[1] L. 3 pr., D. si quid in fraud. patr. (38, 5): « Si patronus heres institutus ex debita parte adierit hereditatem, dum ignorat aliqua libertum in fraudem suam alienasse, videamus, an succurri ignorantiæ ejus debeat, ne decipiatur liberti fraudibus. Et Papinianus libro quarto decimo Quæstionum respondit, in eadem causa manere ea, quæ alienata sunt; idcircoque patronum sibi imputare debere, qui, quum possit bonorum possessionem accipere contra tabulas propter ea quæ alienata, vel mortis causa donata sunt, non fecit. »

[2] L. 35, § 2, C. de inoff. testam. (3, 28).

[3] Vgl. Francke, a. a. O., S. 493 fg.

[4] L. 1, § 26, D. si quid in fraud. (38, 5).

gehen auf Rescission des dolosen Veräusserungsgeschäfts in partem debitam, das Geschäft mag eine Schenkung oder eine andere Alienation, z. B. ein zu billiger Verkauf oder ein nachtheiliger Vergleich sein[1]; diese theilweise Rescission kann der Beklagte aber verhindern, wenn er zur Entschädigung der Klägerin bereit ist[2]. Beide Klagen setzen ferner nur den dolus des Erblassers, nicht auch den dolus des Beklagten voraus[3]; die Haftung des Beklagten ist aber eine verschiedene, je nachdem er in bona fide oder mala fide war; dort haftet er nur auf die Bereicherung zur Zeit der Klage[4], hier in vollem Umfange, auch auf die vor wie nach der litis contestatio gezogenen Früchte[5]; nur durch den casuellen Untergang der Sache oder der Früchte wird er liberirt[6]. Endlich sind beide Klagen, weil

[1] L. 1, § 3, D. eod.; l. 1, § 9, 12, 13, D. eod.

Die Ausschlagung eines Erwerbs kann aber nicht angefochten werden, weil sie keine Minderung des Vermögens bewirkt, l. 1, § 6, D. eod.

[2] L. 1, § 12, 13, D. eod.

[3] L. 1, § 4, D. eod.: « Dolum accipere nos oportet ejus, qui alienavit, non ejus, cui alienatum est; et ita evenit, ut, qui fraudis vel doli conscius non fuit, carere debeat re in fraudem patroni alienata. »

[4] L. 6, § 11, D. quæ in fraudem cred. (42, 8): « In hos tamen, qui ignorantes ab eo, qui solvendo non sit, liberalitatem acceperunt, hactenus actio erit danda, quatenus locupletiores facti sunt, ultra non. »

[5] L. 2, D. si quid in fraud. patr. (38, 5): « In Faviana et Calvisiana actione recte dicetur, etiam præteritos fructus venire, quatenus Prætor omnem fraudem libertorum vult rescindere. »

L. 1, § 28, D. eod.: « In hanc actionem etiam fructus veniunt, qui sunt post litem contestatam percepti. »

[6] L. 10, D. eod.: « Si id, quod a liberto in fraudem alienatum est, non exstet, actio patroni cessat, quemadmodum si pecuniam in fraudem abjecisset. »

sie durch dolus des Beklagten nicht bedingt sind, keine Delictsklagen; sie gehen passiv wie activ auf die Erben über[1] und verjähren erst in dreissig Jahren[2].

[1] L. 1, § 26, D. eod.: « .....in heredem competit, et in ceteros successores, et heredi, et ceteris successoribus patroni; et non est hereditaria, id est ex bonis liberti, sed propria patroni. »

[2] L. 3, § 1, D. eod.: « Hæc actio in perpetuum datur, quia habet rei persecutionem. »

Strassburg, J. H. Ed. Heitz, Universitäts-Buchdrucker.